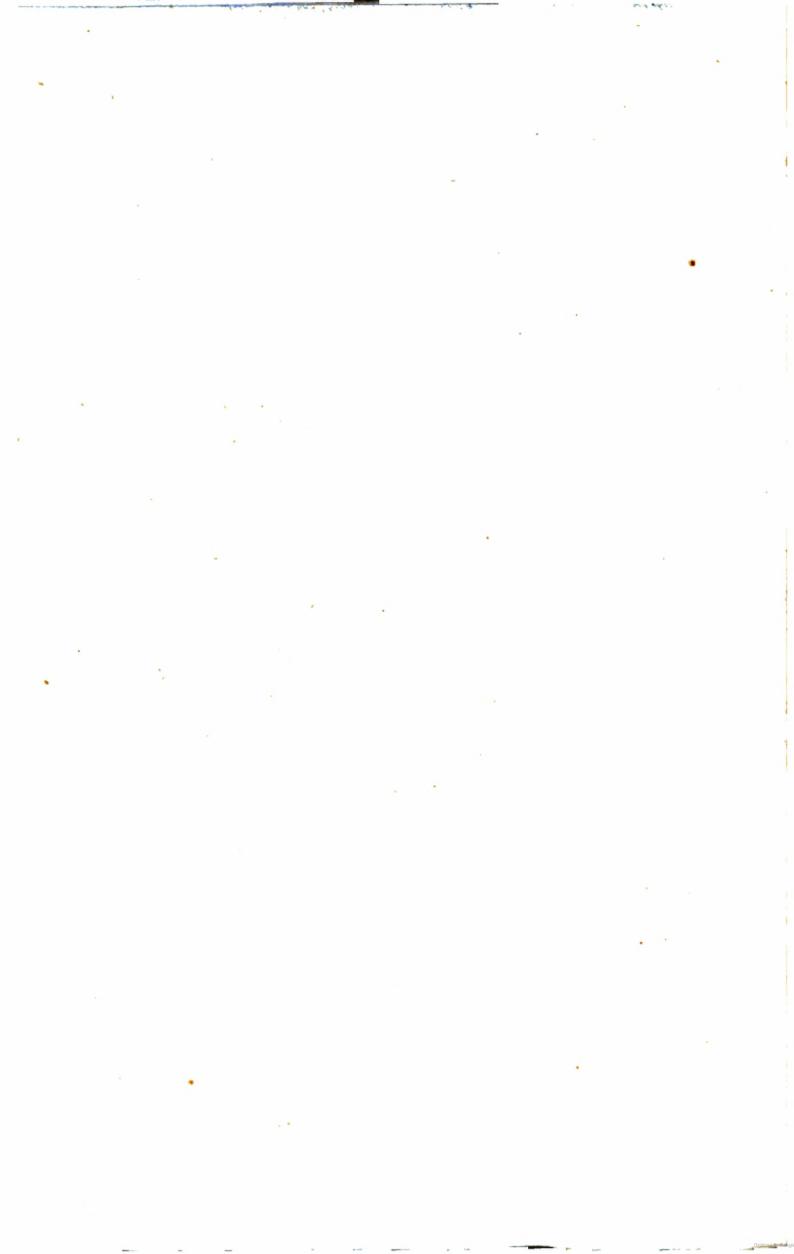










022.1.1.1.1

SPIEGAZIONE

TEORICO-PRATICA

DEL CODICE NAPOLEONE

VOLUME III, PARTE I.

SPIEGAZIONE

TEORICO-PRATICA

DEL CODICE NAPOLEONE

CONTENENTE

L'ANALISI CRITICA DEGLI AUTORI E DELLA GIURISPRUDENZA

e seguita

DA UN REASSUNTO ALLA FINE DI CIASCUN TITOLO

OPERA

DEL SIG. V. MARCADÉ

Antico Avv. alla Corte di Cassazione, al Consiglio di Stato ed al Ministero dell' Interno,
uno de' compilatori-fondatori della *Rivista critica di giurisprudenza*

TRADUZIONE

di

LUIGI SAMPOLO

Avvocato e Professore di dritto

ESEGUITA SULLA QUINTA ED ULTIMA EDIZIONE DI PARIGI

accresciuta dall' autore di molte quistioni, ec.

E CORREDATA DAL TRADUTTORE

Del confronto degli articoli del Codice per lo regno delle Due Sicilie a di tutte le disposizioni
governative pubblicate sin'oggi non che della giurisprudenza patria

La scienza del dritto consiste tanto nel con-
futare i falsi principi che nel conoscere i
veri.

Repertorio di Merlin, *Novazione*.

VOL. III.



PALERMO

STABILIMENTO TIPOGRAFICO-LIBRARIO

DEI FRATELLI PEDONE LAURIEL

Largo del Cancelliere, n° 84.

1858.

**N. B. — Le note dell'Autore sono segnate
coi numeri arabi; quelle del Traduttore
cogli asterischi.**

SPIEGAZIONE

TEORICO-PRACTICA

DEL CODICE NAPOLEONE

LIBRO TERZO

TITOLO III.

Del contratti o delle obbligazioni convenzionali in generale.

CAPITOLO SESTO

NELLA PROVA DELLE OBBLIGAZIONI E DI QUELLA DEL PAGAMENTO.

I. — In questo sesto ed ultimo capitolo del titolo *Delle obbligazioni convenzionali*, il Codice tratta dei mezzi coi quali si può provare o che una obbligazione esista, o che sia estinta.

Si può provare o la obbligazione o la sua *estinzione*, e non solo il *pagamento*, secondo dice la nostra rubrica, e conforme diceva anche Pothier (parte 4^a). Infatti il debitore, non importa per qual causa si è liberato, avrà sempre vinto la causa, provando o di aver fatto il pagamento, o di avere estinto il debito per novazione, compensazione, o in altro modo: dippiù l'art. 1315 (1269) dice che il debitore deve

giustificare il pagamento o il fatto che ha prodotto la *estinzione*... Si potrebbe del resto dire che la parola *pagamento* è usata dalla nostra rubrica nel senso generico, e affin d'indicare qualunque scioglimento del legame (*solutio*), mentre si usa in un senso speciale nell'art. 1315 (1269).

II. — Questo capitolo, dichiara prima (art. 1315. (1269)) da chi la prova debba esser fatta, stabilendo una regola che *a priori* ben di leggieri si comprende, e poi ci indica (art. 1316 (1270)) cinque specie di prova, di ognuna delle quali tratterà una sezione speciale.

1315 (1269). — Colui che domanda la esecuzione di una obbligazione, dee provarla.

Reciprocamente, chi pretende di esserne

stato liberato, dee giustificare il pagamento, o il fatto che ha prodotto l'estinzione della sua obbligazione.*

* Le domande e le eccezioni debbono essere provate per la nota regola: *actore non probante reus est absolvendus*. C. S. di Napoli, 5 nov. 1816.

— Nel falso incidente, il peso della verificazione MANCABÈ, Vol. III, p. I.

dello scritto appartiene all'attore sull'incidente medesimo. C. S. di Napoli, 27 gennaio 1818.

— L'estimazione delle prove è nel demando dei giudici del merito. C. S. di Napoli, 10 ag. 1852.

S O M M A R I O

I. Colui che a fin di sconvolgere lo stato delle cose mette innanzi una pretesione, deve provarla.

II. Continuazione e significato delle massime *Probatio incumbit actori*; — Eì qui dicit,

I. — È ragionevole che una pretesione, che da altri si contrasta, debba sempre provarsi da chi la metta innanzi. Se voi ne avete una contro di me, ed io sostengo che sia falsa, dovete voi provarla vera, non io inesatta.

Così l'intende il nostro articolo, col dire che colui che pretende esser creditore, dee provare il credito, e che il debitore che pretende essere stato liberato, dee provare la sua liberazione. Ma questo è poco; bisogna più generalmente ed assolutamente affermare, che una pretesione, qualunque ella sia, debba essere sempre provata da chi la propone. — Togliamo qui un esempio che ci porge la disposizione dell'articolo 1302 (1256); se io pretendo essere voi obbligato a rilasciarmi il tal cavallo, debbo io provare la vostra obbligazione, ove voi la neghiate. — Se voi pretendete che il mio credito il quale non è stato mai negato da voi, o provato contro di voi, sia estinto per la morte casuale del cavallo da voi dovuto; ove io ciò neghi, spetta a voi provare che l'animale sia perito per puro accidente. — Se, essendo il fatto riconosciuto da me, o provato da voi, io allego essere imputabile a voi la morte per caso fortuito, e quindi essere voi tenuto verso di me a' danni-interessi, perchè senza la colpa commessa da voi prima dell'accidente, il cavallo non sarebbe morto; se, ad esempio, io dico che voi eravate in mora di adempiere, quando avvenne il caso, e che senza questo colpevole ritardo, il

non ei qui negat.

III. Si applica il principio alla obbligazione di cui la causa non è detta nell'atto: il debitore deve provare che la causa non esiste. *Errore di Duranton, Zachariae, ec.*

cavallo non sarebbe morto nell'incendio, od altro qualunque accidente, io debbo provare la colpa che a voi imputo. — Se voi sostenete che l'animale, nel caso che mi fosse stato rilasciato al tempo stabilito, sarebbe perito presso di me come presso di voi, dovete di ciò fare la prova (1).

II. — Non dovrebbe dunque, prendersi alla lettera la regola *actori incumbit probatio*, e stimarsi che la prova di qualunque proposizione controversa debba farsi sempre da chi è attore nella causa; la prova deve farsi da chi fa una allegazione nel suo interesse, e contro il suo avversario, sia egli attore o convenuto.

Senza dubbio, la regola *actori* è vera assolutamente e sempre, ma deve intendersi colla parola *actor*, non quegli che propone il giudizio, ma la parte (non importa se attrice o convenuta) che propone contro l'altra un altro elemento di decisione, che agisce e va innanzi allegando alcun che di nuovo, pretende mutare e rovesciare, almeno in qualche punto, lo *statu quo*, lo stato in cui le cose si trovano, tutti insieme i fatti o le idee che sono al presente stabilite, o con prove già fatte, o per riconoscimenti dati, o per l'indole naturale delle cose. In somma la regola *actori* è vera assolutamente quando si applica tanto al convenuto che procede (*agens*) a giustificare la sua difesa, quanto all'attore che prova la sua domanda, e quando allato alla regola *actori incumbit probatio*, si pone l'altra, *reus excipiendo*

(1) Ma in nessun caso il giudice può decidere un punto controverso di fatto per conoscenze personali avute all'infuori della causa. Montpellier, 23 novembre 1852 (J. P., 1854, t. II, p. 444); Bastia, 7 febbraio 1853 (J. P., 1855, t. I, p. 124); Toullier (t. VIII, p. 39); Duranton (t. XIII, n. 9); Zachariae (§ 749 e nota 5); Massé (*Dritto com-*

merciale, t. VI, n. 6). — Pure la lettera missiva diretta da una parte al giudice, può esser pareggiata a un documento giudiziario ed allegata da un terzo in sostegno dell'azione intentata da lui contro l'autore della lettera o il suo avente-dritto. — Vedi Lione, 16 febbraio 1854 (J. P., 1855, t. I, p. 43).

fit actor. — Ciò fu ben compreso da una decisione di Grenoble del 14 luglio 1832. Il tribunale di prima istanza avea ordinato agli sposi Argoud, che erano gli attori nella lite, di provare che non esistesse la servitù che si voleva sul loro prato; ma la Corte per il principio evidentissimo, che la libertà dei fondi è lo stato naturale e normale, riformò la sentenza, dando il carico della prova a coloro che pretendevano avere il dritto della servitù, benchè fossero convenuti (Dev., 33, 2, 41).

Similmente bisogna intendere con prudenza l'altra massima sì spesso usata, e alle volte non ben compresa, che la prova debba farsi da chi afferma, e non da chi nega; *ei qui dicit, non ei qui negat*. Perchè tal regola sia vera, bisogna ritenere *is qui dicit*, colui che mette innanzi una pretensione, che allega qualche cosa di nuovo nella discussione, tanto col negare ciò che sembrava essere, quanto coll'affermare ciò che sembrava non essere: viceversa, *is qui negat*, quegli che o negando o affermando contraddirà, respingerà la nuova allegazione, affinchè si restasse nello *statu quo*.

Cotesta regola era altrimenti intesa da qualche antico interprete che si appoggia sopra un passo non ben compreso del Codice di Giustiniano, che è la legge 23, lib. 3, tit. 19, la quale dichiara, che un attore cui sia impossibile il provare la sua pretensione, non può costringere il convenuto a far la pruova del contrario, dacchè chi nega il fatto, nulla deve provare per la natura stessa delle cose; *actor, quod asseverat, probare se non posse proficendo, reus necessitate monstrandi contrarium non astringit; cum per rerum naturam, factum negantis probatio nulla sit*. Le ultime parole *factum negantis probatio nulla* avevano un senso puramente relativo, che fa comprendere tutta insieme la frase: significando il convenuto nulla avere a provare, ove neghi il fatto allegato contro di lui; non essere tenuto ad alcuna pruova, quando si sta sulla difesa, e sul niego. Gli interpreti tolsero a solo queste parole, e intendendole assolutamente, dis-

sero in modo generale: *colui che nega non deve mai far pruova; riesce impossibile qualunque pruova di chi nega per la natura stessa delle cose.* — Pure, siccome in parecchi testi si suppone la necessità di provare proposizioni negative, onde veniva meno il loro preteso principio; essi lo restrinsero singolarmente immaginando quattro specie negative, tre delle quali, secondo loro, potevano, e dovevano provarsi, l'ultima sola non si poteva: e sono la negativa di un *drutto*, la negativa di una *qualità*, di un *fatto definito* (cioè determinato nelle sue circostanze), e di un *fatto indefinito*.

Ma coteste sottigliezze immaginate per sostenere un principio falso, e che alle volte anche in oggi vediamo allegare, dovrebbero alla fine essere abbandonate insieme col principio. Tutte queste idee, che sarebbero di certo morte da gran tempo, se la pratica non fosse la maggiore potenza del mondo, sono state vittoriosamente confutate nel XVII secolo dal tedesco giureconsulto Coccejo; ed assai prima Bartolo e Marcarlo avevano chiaramente insegnato che « quando una parte fonda la sua domanda sopra una negazione, sia ella attrice o convenuta, deve provarla, senza distinguere se la negativa sia di dritto, di fatto, o di qualità ». — *Ubiunque negatio est causa intentionis alicujus, sive agentis, sive excipientis, ei qui negat incumbit onus probandi... sive sit negativa juris, sive facti, sive qualitatis*.

Infatti, oltrechè non vi ha negazione che non possa mutarsi in un' affermazione contraria, e divenir così capace di prova, è una sventura per colui che mette innanzi una pretensione fondata sulla negazione, quando gli riesce impossibile farne la pruova; il che ben raramente potrebbe avvenire; ma non perciò deve darsi il carico della pruova a colui che nulla domanda, nulla pretende, ed aspetta solo che siano giustificati gli attacchi diretti contro di lui. — Del resto, in questi medesimi casi, la condizione della parte che mette innanzi la nuova pretensione, non sarà tanto molesta, come può sembrare a primo a-

spetto, perchè se ella non può del tutto provare ciò che allega, potrà almeno provare alcuni fatti, alcune circostanze che lo renderanno in certo modo verosimile e probabile. Or questo principio di pruova faculta il giudice, giusta l'art. 1367 (1321), a risolvere la quistione mercè il giuramento deferito o all'avversario, o anche alla parte che mette innanzi la pretensione; e il rifiuto del convenuto (sia attore nell'azione o nella eccezione) di fare una pruova contraria, che facilmente potrebbe e che non vuol fare, basterà perchè egli sia condannato sul semplice giuramento dello avversario.

Così, a rispondere esattamente alla quistione intorno a chi debba fare la prova, diremo, non incombere la prova all'attore, e nemmeno a colui che afferma nè a colui che nega (le quali due proposizioni, esatissime se si intendono come conviene, danno un senso ambiguo che potrebbero trarre in errore), ma qualunque novella pretensione, che tenda a mutare lo stato presente delle cose, dover provarsi da chi la metta innanzi, e non già da colui contro cui è diretta, e che la combatte.

III.— Questo principio, così semplice, scioglie facilmente, secondo noi, una quistione tanto importante quanto controversa, e intorno a cui il più degli scrittori, e specialmente Duranton (X, 355) e Zachariae (II, p. 475), ci sembra che incorrano in uno errore in cui non è caduta la giurisprudenza.

Quando la scrittura che comprova un contratto unilaterale, una obbligazione di alcuno verso di me senza una mia reciproca obbligazione, non indica la causa della obbligazione; per esempio quando avete sottoscritto un biglietto che dice: « Io riconosco di essere debitore ad N di 500 franchi che gli pagherò in quel tempo » ovvero « Io mi obbligo di pagare ad N in quel tempo 500 franchi » senza dire perchè sono dovuti, deve il preteso creditore provare che esista una causa lecita, ovvero il preteso debitore che non ne esista? La risposta è molto semplice per noi.

Poichè delle due contrarie allegazioni deve provarsi quella per cui si vuol mutare lo stato quo, rovesciare tutti insieme i fatti o le idee al presente acquistate o con prove o riconoscimenti prima dati, o per la natura ordinaria delle cose, colui che qui si presenta come debitore e che pretende non esserlo, deve provare che in fatti non lo sia. Allorquando vi chiedo 500 franchi, esibendovi una scrittura con la quale vi siete obbligato a pagarmeli, io non muto l'ordine stabilito, ma voglio semplicemente che le cose abbiano il loro corso normale: voi vi siete dichiarato mio debitore, io chiedo che come tale foste trattato, la cosa è assai naturale. Quando invece voi rispondete aver firmato una scrittura, ma doversi lacerare; esservi detto mio obbligato, ma non esserlo; voi dovete rovesciare ciò che esiste, attaccare ciò che voi stesso avete stabilito, e divenire acron *ex-cipiendo*. Dunque voi dovete far la pruova della vostra pretensione. Si dirà invano che colui il quale si dice creditore, deve giustificare che esistano le diverse condizioni cui è subordinato il suo credito, e quindi la esistenza di una causa dell'obbligazione; dappoichè questa causa (come le altre condizioni richieste) è stabilita per adesso, e salva la prova in contrario, per ciò che voi vi siete dichiarato debitore. In effetto, secondo la regola generale e nell'ordine naturale delle cose, non si sottoscrive un'obbligazione quando nulla si deve. Senza fallo ciò può avvenire (e appunto perchè la cosa può essere, vi è dato di farne la pruova), ma è questa una eccezione allo stato normale ed ordinario. Or non dee provarsi la regola contro la eccezione, ma questa contro di quella.

E come non si è scorto fin dove si giungerebbe con la contraria dottrina? Ciò che della causa dicono Duranton, Zachariae, Dalloz ed altri, dovrebbe pur dirsi delle altre condizioni richieste perchè una obbligazione si formi od anche perchè sia valida. L'obbligato direbbe al suo creditore: « Acciocchè io fossi condannato al pagamento, è bisogno che voi proviate sia il credito efficace e valido; provate dunque

che io era maggiore, non interdetto e che agiva liberamente, ec. ». Perchè inline la legge che vuole una causa lecita, vuole pure sia capace chi si obbliga, e consenta senza errore, violenza o dolo; ed essendo il creditore tenuto a provare che esista la prima condizione, perchè sarebbe egli dispensato dal provare ch' esistano le altre? Il vero è che quando alcuno si tiene per obbligato, dee crederci che lo sia in fatti fino a che non provi il contrario: e ciò è vero tanto della causa che delle altre condizioni, poichè nè queste nè quella devono essere espresse nell'atto (1132 (1086)).

Nè si dica che il debitore possa esser costretto ad una prova assolutamente impossibile di una negativa indefinita, e che necessariamente perderà la lite quando pure la sua pretesione sarà ben fondata. Gli è un errore palpabile; nè la condizione del debitore è mai così trista come vuol dirsi. O vi è una causa falsa, cioè una causa che si credeva esistere e non esiste; ovvero l'atto ne aveva una reale, ma contraria alla legge; ovvero è una causa futura che non si è effettuata, o una causa successiva che non esiste più; o finalmente manca assolutamente la causa, e allora chi ha sottoscritto l'atto era demente (avvegnchè non uno che abbia fior di senno potesse obbligarsi senza alcun motivo). Ora in tutti i casi la negazione mutasi nell'affermazione di un fatto positivo, che sarà ben facile provare (1); e se il creditore può sempre (eccetto il caso di demenza, che provata una volta non lascerebbe nulla a rispondere) schermirsi con dire, che l'avversario rende verosimile, ma non prova la sua pretesione, potendo la obbligazione avere qualunque altra causa che quella di cui prova il vizio; dubbiamo ricordarci che quando il debitore rende verosimile ciò che egli allega, il giudice

può deferire il giuramento al debitore (articolo 1367 (1321)) ove il creditore si restringa a dir: la causa è valida ed io la so; ma non voglio indicarla.

In tal caso il debitore dee provare ciò che allega; e questo punto bandito già dal parlamento di Parigi per li paesi consuetudinari, e da quello di Tolosa pei paesi di dritto scritto, fu ritenuto anche sotto il Codice (2) da varie decisioni (sebbene nessuna ne citi Duranton anche nella sua edizione accresciuta della *analisi di giurisprudenza*).

Cotesta dottrina dee sembrare altrettanto men dubbio in quanto che è riconosciuto da altre molte decisioni, ed anche dagli scrittori da noi combattuti, la mancanza di causa doversi provare da colui che sottoscrive quando nella scrittura si leggono le parole: *Io riconosco di essere debitore*, e dal creditore, quando nell'atto si dice soltanto: *io pagherò*, ovvero *io mi obbligo di pagare*. Cotesta distinzione immaginata da antichi scrittori, riprodotta nel consiglio di Stato, e sostenuta anche in oggi, massime da Duranton, non è dessa una puerilità? E come chi ha fior di buon senso può scorgere una differenza fra colui che dice: « lo riconosco di dovere tal somma ad N » e quell'altro che dice: « lo mi obbligo di pagare tal somma ad N? » Non si riconosce forse debitore chi si dichiara tenuto a pagare? Essere debitore o essere obbligato val tutt'uno; e lo stesso Duranton altrove lo dice apertamente (XIII, 321, § 6).

Del resto, la quistione può solo presentarsi per il contratto unilaterale; perchè essendo sinallagmatico, la causa di ciascuna obbligazione, che è appunto l'oggetto dell'altra, vi sarebbe necessariamente indicata.

(1) Duranton dice che essendo falsa la causa, il debitore potrà facilmente provarlo, ma gli tornerrebbe del tutto impossibile il provare che la causa manchi affatto. Palpabile errore; dappoichè il fatto di obbligarsi senza alcuna causa non può derivare che da difetto di senno il quale può benissimo provarsi.

(2) Vedi Rennes, 24 ottobre 1816; Liege, 19 feb-

braio 1821; Bourges, 12 febbrajo 1825; Agen, 3 giugno 1830; Cassaz. (d'una decisione di Poitiers), 16 ottobre 1818 (Dev., 5, 2, 190; 8, 2, 27; 32, 2, 575; 49, 1, 113. — Nel medesimo senso: Maleville (art. 1131 (1085)); Marbau (*Trans.*, n° 157); H. de Villargues (sulla parola *Causa di obbligaz.*); Bonnier (*Pruova*, n. 537); Poujol (art. 1131 (1085), n. 8).

1316 (1270).—Le regole che riguardano la prova per iscritto, la prova testimoniale, le presunzioni, la confessione della parte, ed il giuramento, sono spiegate nelle seguenti sezioni.

N. B. Abbiamo già detto che saranno trattate in cinque sezioni le cinque sorta di prova di cui parla il nostro articolo.

SEZIONE PRIMA

DELLA PRUOVA PER ISCRITTO

I. — Col nome di prova per iscritto, la legge abbraccia non solo quella che risulta dalla scrittura propriamente detta, ma anche l'altra che vien provata dalle *taglie* con cui si indica la quantità delle mercanzie date da una parte all'altra, e che sono una specie di scrittura, un sistema di segni che basta a indicare ciò che si vuole.

II. — Le scritture con cui si provano le convenzioni, e che molto esattamente si dicono *instrumenta* (mezzi di prova, istrumenti di prova) ebbero infine i nomi poco esatti, ma già universalmente ricevuti, di *titoli* o *atti*. Parlando propriamente, l'atto non altro è che il fatto stesso avvenuto fra le parti, *quod actum est*; ma per una figura la medesima parola valse a significare lo scritto che ricorda il fatto.

Similmente la parola *titolo*, che esattamente esprime il fondamento del dritto (titolo di compratore, di erede, di donatario) si è applicato allo *instrumentum* che comprova il titolo. Del resto, se il sostantivo *instrument* (strumento) non è usato

in questo senso, il verbo *instrumentor* (*rogare uno strumento*) si usa al contrario, e noi lo vedremo nell'art. 1317 (1271).

I titoli o atti sono *autentici*, o *scritture private*, *originali*, o semplici *copie*, *primordiali*, o solo di *ricognizione*.

III. — La sezione, che dobbiamo qui sviluppare, dividesi in cinque paragrafi che trattano:

Il primo, del titolo autentico, e delle controscritture colle quali si fa a quello una segreta derogazione.

Il secondo, della scrittura privata.

Il terzo, delle tacche a riscontro, ossia delle taglie.

Il quarto, delle copie dei titoli.

Il quinto ed ultimo, degli atti di ricognizione, ed anche di quelli di *conferma*, i quali regolarmente dovrebbero essere non nel nostro capitolo, ma nel precedente alla sezione dell'azione di nullità, dappoichè la conferma o ratifica fa venir meno il vizio per cui una convenzione si può annullare; e si prova secondo le regole ordinarie.

§ 1. — Del titolo autentico.

1317 (1271).—L'atto autentico è quello che è stato ricevuto da pubblici uffiziali autorizzati ad attribuirgli la pubblica fede

nel luogo in cui l'atto si è steso, e colle solennità richieste.*

* L. 12 dic. 1816. — 13. Tutte le carte che si trovano emesse, e che si emetteranno dalle casse di tutti i due banchi, sieno fedi di credito, sieno polizze notate fedi originali, non solo continueranno ad essere esenti da diritti di bollo e di registro; ma per accrescerne sempre più la circolazione, e ripristinarle nel loro antico credito, serviranno di prova nella numerazione del denaro. Come ancora tutte le dichiarazioni convenzionali

condizionali e patti qualunque apposti nelle girate delle suddette carte formeranno quella prova, e produrranno quell'effetto che la natura e la qualità dell'atto suo porta, ancorchè non sieno registrate, bastando la giornata segnata nelle stesse per la loro passata al banco, ad assicurarne la data, rimanendo soltanto soggette al registro le citazioni per atto di uscire che si faranno in dorso delle carte stesse di banco, e che sieno alligate alle me-

SOMMARIO

- I. Che cosa sia l'atto autentico. Qui si tratta specialmente dell'atto notarile.*
II. Perché sia efficace si richiedono quattro con-

dizioni.

- III. Analisi e censura della deplorabile legge del 24 giugno 1843.*

I.—Diconsi in generale atti autentici o atti pubblici quelli che emanano regolarmente dalla pubblica autorità. Così gli atti legislativi sono in primo ordine atti autentici; similmente gli atti amministrativi. Ma il nostro articolo non vuol parlare di tutti questi atti; parlando come ben si scorge di atti *ricevuti* da pubblici ufficiali autorizzati ad attribuir loro la pubblica fede (*instrumenter*). Esso adunque tratta, come si manifesta dal modo ond'è compilato, e dalla materia a cui appartiene, dell'atto autentico che mira a *provare le convenzioni*. Del resto, qualunque atto autentico poteva facilmente definirsi quello che emana da pubblici ufficiali i quali agiscono nello esempio regolare del loro ufficio (1).

I cancellieri, i patrocinatori, gli uscieri, ec. attribuiscono pure l'autenticità agli atti di loro competenza, ma nel nostro articolo si parla solo di quegli atti autentici che sono per eccellenza destinati a provare autenticamente le convenzioni, cioè degli *atti notarili*, essendo appunto ufficio

proprio del notaro l'attribuire pubblica fede alle dichiarazioni di volontà dei cittadini.

II.—Acciocchè l'atto sia realmente autentico, e ne generi quindi gli effetti, vuole essere ricevuto da un ufficiale capace, competente, e che agisca colle forme richieste.

E primieramente, colui che riceve l'atto dev'essere pubblico ufficiale.—Se dunque un tale si è fatto credere notaro, mentre non era, l'atto fatto da lui non potrebbe esser valido sino alla iscrizione in falso, qualunque fosse la buona fede delle parti ingannate.—Il medesimo è di un notaro il quale è stato deposto dal suo ufficio; egli non è più pubblico ufficiale dal dì in cui la deposizione gli è stata notificata, non da quello in cui è stata pronunziata; ma noi stimiamo che l'atto avrebbe la sua piena autenticità se quegli che lo fa, si fosse fatto nominare notaro, senza avere le condizioni richieste; per esempio, se uno straniero avesse avuto l'amministrazione di una carica, facendosi credere per

desine prima di passarsi al banco, per ritirarne il danaro con quelle proteste che le parti crederanno di apporvi per loro cautela. Saranno parimente soggette al registro fisso le così dette partite di banco, o sieno le copie estratte delle fedeli, o polizze, delle quali le parti vogliono fare uso legale secondo le leggi vigenti.

D. 20 ottobre 1848.—**I.** Le disposizioni degli atti rogati da uffizi pubblici, e delle sentenze e decisioni delle autorità del conteuzioso giudiziario amministrativo de' nostri domini di là del Faro, dall'epoca del 12 gennaio del corrente anno fino a quando le armi regie vi hanno ristabilito l'ordine, saranno rilasciate con le formole esecutive, e con le intestazioni stabilite nella legge notarile del 25 di novembre 1819, e delle leggi di procedura civile e di eccezione per gli affari di commercio, sopprimendosi nelle copie degli atti tutte le frasi o titoli che si opponessero alle formole in dette leggi stabilite. L'uffiziale pubblico che rilascerà la spedizione di alcuni atti o sentenza, dovrà infine delle copie dell'atto indicare il giorno, mese ed anno in cui avrà rilasciato tale copia.
2. Per le spedizioni degli atti medesimi che si fossero

rilasciate anteriormente al presente decreto, con formole diverse da quelle indicate nell'articolo primo, non potrà procedersi a verun atto di esecuzione, se prima l'uffiziale che dee procedere, non avrà surrogato le formole stesse a quelle di cui la spedizione sarà rivestita.

—L'atto stipulato in paese straniero deve essere rivestito di tutte le forme che son ivi richieste per la validità di esso. C. S. di Napoli, 15 gennaio 1830.

—I consoli nell'estero esercitano le funzioni di magistrato, ed i loro atti fanno fede come quelli de' magistrati per tutti i fatti di lor competenza. 13 gennaio 1848.

(1) Così senza alcun dubbio il verbale di conciliazione steso dal giudice di pace è un atto autentico, che potrebbe solo smentirsi col difficile mezzo della iscrizione in falso. Infatti il giudice conciliatore non è un privato. Quando l'art. 54 (T) del Codice di procedura dice cotesto atto *aver forza di obbligazione privata*, intende parlare non della forza *probante*, della fede dovuta all'atto, ma solo della *forza esecutiva*. Vedi art. 1319 (1273), n° 3).

Francese, o credendosi tale egli stesso, o se per errore un Francese fosse notaro prima dell'età, dappoichè in tal caso la legge è stata violata, ma l'individuo è notaro, e vi rimarrà fino a che non ne sarà rimosso (Conf. Duranton XIII, 77, Bonnier, n. 334).—Secondariamente, l'ufficiale pubblico deve essere capace di fare un contratto, e quindi sarebbe inefficace l'atto ricevuto da un notaro sospeso del suo ufficio non avendo più qualità del giorno che gli sia stata notificata la sospensione, secondo abbiamo già detto. Il notaro che è sospeso, diversamente dal deposto, è sempre un pubblico ufficiale, ma non è capace di fare un atto nel tempo della sospensione. È necessario anche che l'ufficiale sia competente, cioè: 1° che l'atto che egli fa sia di quelli che può fare; 2° che lo riceva nel luogo ove ha dritto di farlo; 3° che l'atto non riguardi le persone cui gli è vietato di prestare il suo ministero. Così un notaro non potrebbe rilasciare una citazione pregiudiziarin, nè un usciere ricevere un atto di donazione, nè un notaro di Versailles stendere un atto a Parigi; e nessun notaro può (art. 8 della legge del 25 ventoso anno II (art. 8 della legge del 1819)) ricevere un atto in cui sarebbe parte un suo parente o affine in linea retta in qualunque grado esso sia, o in linea collaterale fino al terzo grado (fratello, zio, e nipote).—È necessario in fine che si sieno compiute le solennità volute dalla legge; ci interterremo qui alcun poco di quelle che riguardano il numero e la qualità di coloro da cui l'atto dev'essere ricevuto.

III.—L'art. 9 della legge del 25 ventoso anno II dispone « gli atti saranno ricevuti da due notai, o da un notaro assistito da due testimoni ». Ma cotesta regola, già stanziata e rinnovata un tempo dalle ordinanze di Filippo IV nel 1304, di Carlo VII nel 1437, di Luigi XII nel 1498, e di Francesco I nel 1543 (1), fu sempre

attraversata dai notari, sinchè due regolamenti del 1681 e 1703, ed anche alcuni editti reali di ottobre 1691 marzo e settembre 1706 (2) la ebbero infine modificata, permettendo che l'atto potrebbe essere da un solo notaro ricevuto, il quale rimaneva incaricato di farlo sottoscrivere da un collega; pertanto ogni notaro continuò dopo, e non ostante la legge di ventoso, a ricevere da solo gli atti, salvo a farli firmare poi da un collega per pura forma. Ciò si fece anche e ben naturalmente per i due testimoni destinati a sostituire il notaro secondario; e nei luoghi ove risiedeva un solo notaro, gli atti si ricevevano da lui solo senza testimoni, salvo a farli poi firmare da due vicini che di ordinario firmavano tutti gli atti dello studio, senza neppur sapere di che si trattasse.

Chechè se ne abbia potuto dire, con ciò violavasi apertamente la legge di ventoso, poichè questa riproduceva la regola delle antiche ordinanze, non l'altra diversa degli editti recenti; i quali per altro non si riferiscono affatto ai testimoni, che il legislatore avea sempre creduto indispensabili. Era inoltre una pratica poco morale, dichiarandosi negli atti che le parti erano comparse ed ancor fatte le loro convenzioni alla presenza di M N e il suo collega, sebbene questi non abbia mai visto le parti; ovvero che l'atto era stato ricevuto *alla presenza del tale e del tale testimoni*, quando cotali persone non erano state punto testimoni: la menzogna e la falsità erano autenticamente stabilite in tutti gli atti notarili. Pure la giurisprudenza negò spesso (non ostante il testo formale dell'art. 68 della legge di ventoso, che dichiarava nullo qualunque atto non fatto conforme all'art. 9) di annullare quegli atti; e se parecchie decisioni di Corte di appello li dichiararono nulli, molte altre li dichiararono validi, per lo strano motivo che l'uso stabilito avea tacitamente eluso la legge; come se fossero ancora governati dalla con-

(1) Racc. di Isambert, t. II, p. 818; t. VIII, pagina 853; t. XI, p. 352; t. XII, p. 835.

(2) Giorn. delle udienze, III, 5, lib. 3, cap. 44;

Jousse, Amma. della giust. civ., parte 3, lit. 2, n° 50.

suetudine, come se il potere legislativo che solo può fare o disfare la legge non stesse oggi esclusivamente nel Corpo legislativo, e nel Senato. Quest'ultima giurisprudenza, che poteva riuscire esempio troppo funesto, stava per vincerla; quando la Corte suprema con una decisione di rigetto del 7 maggio 1839, e specialmente con quella di cassazione del 28 gennaio 1841 (1), ne dichiarò apertamente la nullità, dicendo con ragione che le contravvenzioni ad una legge, per quanto siano molte, non potrebbero esser legittime; che l'uso opposto ad una disposizione di pubblico interesse è un abuso che non deve essere consacrato, e che l'uso il quale poté abrogare la legge quando la consuetudine era la legge non lo può oggi. — Il Governo allora si scosse e propose una legge.

Era il momento in cui, assolvendosi il passato con la onnipotenza legislativa, si doveva pensare per lo avvenire a rendere sincere le garanzie, alcune delle quali erano state rinunziate dai nostri antichi Re dopo una lotta di circa 400 anni (2); delle quali garanzie oggi più che mai si è inteso il bisogno per la condotta di alcuni notari. Non fu così; la legge del 21 giugno 1843 sanzionò invece per tutti gli atti in generale l'antico uso del notariato rispetto al notaro secondario, e rispetto ai testimoni, perchè secondo leggesi nel rapporto alla Camera dei Deputati (3) non sarebbe facile la presenza reale dei due notari, essendo insufficiente il numero di tali ufficiali. Ma fosse pure così (noi vorremmo dubitarne), non permetteva la legge di ventoso che si sostituisse il secondo notaro con due testimoni? Si è aggiunto non essere buona garanzia testimoni ignoranti, dipendenti dal notaro e spesso da lui pagati. Ma era necessaria la presenza dei testimoni appunto per averli seriamente, come negli atti dello stato civile, in quelli di notorietà rilasciati dai giudici di pace, e nei testamenti. E se era poca la ga-

renzia di due testimoni, come dunque la vostra nuova legge li vuole per eccezione negli atti che le sembrano più importanti degli altri? Si è pur detto, che la presenza dei testimoni sarebbe molesta alle parti, le quali possono delle volte non voler far noti i segreti della loro condizione e dei loro affari; e si è appunto voluta la presenza dei testimoni per i riconoscimenti dei figli naturali! Colui che teme si divulghi un atto, può ei medesimo scegliere due testimoni sulla prudenza dei quali possa fare assegnamento; nè sarebbe secondo noi ragionevole di negare alle parti le garanzie che si volevano loro accordare dalle nostre antiche ordinanze e dalla legge di ventoso.

Checchiè ne sia di siffatta opinione, un punto non ci sembra dubbio, ed è, a dirla francamente, la *immoralità* di questa legge che eleva a *regola di dritto* la menzogna che dianzi era stata un *fatto* illecito e tollerato. Infatti questi articoli 1 e 3 fan conoscere che sia sempre in vigore l'art. 9 della legge di ventoso (di cui le disposizioni sono imposte a pena di nullità dall'articolo 68); che quindi è sempre necessario a pena di nullità che l'atto sia ricevuto da due notari, o da un notaro con due testimoni; ma questa regola deve intendersi come la pratica del notariato la aveva fino allora applicata. Questi due articoli adunque significano: gli atti potranno essere ricevuti da UN NOTARO SOLO E SENZA TESTIMONI, sotto condizione, pena la nullità, che nell'atto si dica di essere stato ricevuto da due notari, o da un notaro assistito da due testimoni, e che facciano apporre immediatamente le firme necessarie, per dare apparenza di vero a quella falsa dichiarazione.

Così i nostri legislatori elevano la furberia a principio legale, e impongono ufficialmente ai notari di eseguire una macchina commedia. Senza dubbio non vi si è pur pensato; ma di certo non si potrebbe

(1) Dev., 39, I, 353; 41, I, 105; J. P., I, 1839, p. 503; I, 1841, p. 154.

(2) L'ordinanza di Filippo V è del 1304 e il primo editto che modifica la regola è del 1691. Il

MARCADE, *vol. III*, p. I.

potere regio ha ceduto dopo una lotta di 350 anni. Del resto non ebbe mai declinato per la presenza dei testimoni.

(3) *Monitore* del 9 marzo 1841.

immaginare alcuna cosa che più di cote-
sta legge corrompa (1).

Del resto, la legge per quanto viziosa, non obbliga meno, e dobbiamo qui riepilogare le regole risultanti dai suoi quattro articoli per le tre specie di atti notarili che essa ha creato: 1° i testamenti pubblici debbono essere sempre ricevuti *da due notari alla presenza di due testimoni, o da un notaro alla presenza di quattro testimoni* (articolo 4) e Codice Napoleone (articolo 974 (896)); 2° le donazioni fra vivi anche fra coningi, le revocche di donazioni o di testamento, i riconoscimenti di figli naturali, e i contratti

di matrimonio, e le procure fatte per dare il consenso a tali atti, debbono riceversi *da due notari o da un notaro alla presenza di due testimoni* (articolo 2); — 3° tutti gli altri atti possono riceversi da un solo notaro *senza testimoni*, purchè l'atto faccia la falsa menzione della assistenza di un secondo notaro, o di due testimoni, e sia firmato dai medesimi (art. 1 e 3).

Non ci interterremo di avanzo sulle regole intorno agli atti notarili, perchè altrimenti faremmo il comentario non del Codice Napoleone, ma della legge di ventoso anno XI, per la quale bisogna riportarsene alle opere speciali.

1318 (1272).—L'atto non autentico per l'incompetenza o l'incapacità dell'uffiziale, o per un difetto di forma, vale come pri-

vata scrittura, quando sia stato sottoscritto dalle parti.*

SOMMARIO

I. L'atto autentico che come tale è nullo, può valere come atto privato, formando un'altra specie che non si governa colle speciali regole dell'atto privato. Errore di Delvincourt.

II. Esso vale, fosse anche in brevetto, senza che se ne fossero fatte due o tre copie.

III. Ma può valere come atto privato, quando è

sottoscritto da tutte le parti contraenti.

IV. Si confuta un errore di Toullier e Duranton.

V. È inoltre necessario, che l'atto abbia in vero l'apparenza di autentico e che tale siasi dovuto credere dalle parti. Svolgimento di questa regola mala espressa nel testo.

VI. Osservazioni.

I.—Perchè un atto sia realmente autentico, è necessario, siccome abbiain veduto nel n. II del precedente articolo: 1° essere ricevuto da un pubblico ufficiale, 2° questi essere competente, 3° capace, e 4° averlo ricevuto secondo le forme dalla legge richieste.

Mancaudo la prima di coteste quattro con-

dizioni, l'atto non ha alcuno valore; esso è del tutto nullo. All'incontro, quando l'atto emana da un ufficiale non competente, incapace, o che l'abbia fatto senza le forme richieste, la legge nel nostro articolo **1318 (1272)** riproducendo la disposizione dell'art. 68 della legge di ventoso, soccorre le parti, volendo che valga come

(1) Ammesso, bene o male, che basti un solo notaro senza testimoni, doveva francamente dirsi, gli atti potersi ricevere da un notaro. Ciò voleasi non che dai principi della morale, ma bensì dalle regole del buon senso. Vedendosi una tal legge proposta dal ministero, adottata dalla Camera dei Deputati (intesa la relazione di Filippo Dupin) e dalla Camera dei Pari (inteso il relatore Frank Carré) ci domandiamo ove ne sia ito il rispetto della santa maestà delle leggi, e il sentimento della morale pubblica, e ove noi da qui a pochi anni ne andremo e a quali destini sarà serbata la Francia.

N. B. Ciò scrivevano per la nostra terza edizione nel 1847. Gli avvenimenti giustificarono tosto le nostre previsioni, e fecero ricordare un'altra

volta a coloro che si chiamano uomini politici:—*«Che è Dio e la sua morale entrano pure negli affari del mondo».* (Vedi i nostri studi di scienza religiosa, p. 611, 612).

*—Un atto di capitoli matrimoniali segnato solo dal costituente la dote, vale come scrittura privata. C. S. di Napoli, 6 febbraio 1832.

—Un atto nullo come autentico, nè potendo valere come scrittura privata, perchè una delle parti non sapeva scrivere, può valere come principio di prova per dichiarazioni essenziali fatte da colui che avrà dichiarato di trasferire il dominio per vendita, e di averne ricevuto il prezzo sottoscrittovene l'atto nullo. C. Suprema di Napoli, 17 luglio 1852.

scrittura privata, perchè non manchi la firma delle parti.

Il nostro articolo porge un aiuto speciale alle parti. Infatti esso non applica i principi generali, nè potrebbe seguirsi in tutti i casi la sua disposizione, se non fosse stata formalmente scritta. Vedremo coll'articolo 1325 (1279 M) che trattandosi di contratti sinallagmatici, non si può avere una prova scritta, anche per una semplice scrittura privata, se non che facendo tanti originali, quante sono le parti che hanno interessi distinti. È necessario adunque, in principio, che la scrittura privata si faccia in doppio, in triplo, in quadruplo, ec. quando due, tre, quattro parti o più avessero nella convenzione opposti interessi. Ora il nostro articolo eccettua da tal principio l'atto che le parti han voluto e creduto fare autentico, mentre non è.

L'atto che in apparenza è autentico, e riunisce anche realmente molte condizioni dell'atto pubblico regolare, che è stato ricevuto da un notaro, depositato nelle sue minute, ec. non bisogna si faccia in doppio; essendo firmato dalle parti, vale come fosse una scrittura privata. — Così il nostro articolo non significa, come alle volte si è creduto, che la competenza o incapacità dell'uffiziale, o la mancanza di forma faccia divenir l'atto una scrittura privata.

La scrittura di cui è discorso, è un *atto autentico*, se non che irregolare e nullo come autentico, vale come se fosse una scrittura privata fatta con tutte le condizioni richieste.

Che queste sieno le idee del legislatore ben si prova colla discussione al Consiglio di Stato. Jollivet incominciò dal riconoscere che l'art. 1325 (1279 M) (quello che impone la formalità delle copie in doppio, e che portava allora il numero 214) non si applica al caso del nostro art. 1318 (1272) (allora 208); e fe' osservare che a volerglielo estendere, sarebbe necessario esprimere più largamente l'art. 1325 (1279 M)

che parlava solo di scritture private, dicendo così: « Le scritture private, e quelle che sono l'oggetto dell'art. 1318 (1272), ec. » Regnaud vi si oppose, osservando essersi tal quistione già decisa dall'art. 68 della legge di ventoso; e Tronchet aggiunse che infatti « essendo l'atto in un deposito pubblico è inutile volerne il doppio (Fenet, t. XIII, p. 413) (1).

E poichè l'atto autentico, irregolare e nullo per una delle tre cause indicate nel nostro articolo, è così efficace come una scrittura privata, ove sia firmato dalle parti, senza che perciò divenga scrittura privata, nè sia governata dalle regole speciali a quest'altra specie di atti, dobbiamo riconoscere, non ostante la contraria sentenza di Delvincourt, che non gli si possa applicare nè la regola dell'art. 1326 (1280) nè l'altra dello art. 1325 (1279 M).

Secondo l'art. 1326 (1280) la promessa unilaterale, colla quale alcuno si obbliga a pagare una somma determinata, mercanzie, o derrate, deve scriversi in intero di mano di colui che la sottoscrive, o per lo meno è necessario che oltre la sua firma egli abbia scritto di propria mano un *buono* ovvero un *approvato*, indicando in lettere per esteso la somma o la quantità della cosa. Or cotesta regola che riguarda le scritture private, non può applicarsi all'atto di cui tratta il nostro articolo, che non è una scrittura privata, ma invece un atto ricevuto e rilasciato sotto la fede pubblica del notaro.

E difatti, se il legislatore ha temuto la frode in un atto fatto forse dallo stesso creditore, e che il debitore ha potuto firmarlo con fiducia, senza conoscerne il tenore, egli non aveva la stessa ragione di sospettare, quando l'atto è stato fatto da un terzo che non vi aveva interesse, da un pubblico ufficiale che ha la confidenza della legge e delle parti (2).

II.—Delvincourt e Dalloz (*loc. cit.*) pongono per incidenza, ma non risolvono, una questione assai più delicata, ed è, se

(1) Conf. Delvincourt (t. II); Duranton (XIII-71); Dalloz (§ 3, n. 5); Bonnier (n° 377); Rig., 8 marzo 1827.

(2) Conf. Duranton (XIII-73) e (implicitamente) Bonnier (n° 377-378).

si possa egualmente far di meno delle regole che si richiedono per le scritture private, e specialmente della necessità delle copie in doppio, quando l'atto autentico nullo come tale, ma sottoscritto dalle parti, fosse stato ricevuto in brevetto, cioè senza minuta, per modo che sarebbe rimasto non nel deposito pubblico del notaro, ma presso una delle parti. Delvincourt si restringe a dire, non essere solito che si faccia in brevetto un atto che interessi più persone; ma, benchè non sempre, pure può avvenire il caso, e difatti è avvenuto; e gli è per questo che vuolsi esaminare tal questione. Dalloz dice essere stata risolta negativamente da una decisione di Parigi dei 14 agosto 1845. Ma è un errore; quella decisione ha dichiarato l'atto del tutto inefficace, non perchè fatto in brevetto, ma perchè non firmato dal notaro che si pretendeva l'avesse ricevuto; per cui la Corte diceva non poter esso valere, nè come scrittura privata per non essere fatto in doppio, nè come atto autentico, anco irregolare, non essendo ricevuto dall'uffiziale pubblico. La decisione è giustissima, come noi vedremo nel seguente numero, e quindi resta integra la nostra questione.

Se dovessimo trattarla da legislatori, forse dovremmo deciderla nel modo cui sembra inclinarlo Delvincourt e Dalloz, almeno per le convenzioni sinallagmatiche, dicendo che l'atto autentico (irregolare) non varrà in questo caso come scrittura privata, se non quando ne sarà rimasta la minuta presso il notaro. Ma in dritto essendo la legge qual'è, non si può pretendere tal condizione.

E primieramente, non potrebbe essere dubbio per gli atti relativi ad un oggetto il cui valore non ecceda i 300 fr. Imperciocchè l'art. 20 della legge di ventoso, volendo in principio che gli atti siano ricevuti in minuta, eccettua immediatamente gli atti semplici, che, *secondo le leggi*, possono rilasciarsi in brevetto; e la decisione dei 7 settembre 1723 che determina tali atti, annovera tutte le convenzioni che non eccedano 300 lire.

L'atto notarile ricevuto in brevetto è dunque perfettamente legale e regolare, anche per un contratto sinallagmatico, quando il valore è meno di 300 franchi. — Or quando l'oggetto del contratto è di un valore eccedente quella somma, l'atto ricevuto in brevetto sarà irregolare, e non varrà come autentico, poichè l'articolo 68 della legge di ventoso dichiara nullo come tale l'atto in cui si sarà contraffatto alla regola dell'art. 20. — Ma cotesto atto che non ha forza di autentico, conserverà (firmato dalle parti) la forza probante di una scrittura privata, poichè la mancanza della minuta è appunto uno dei vizi di forma di cui parlano il nostro e l'art. 68 della legge di ventoso: « qualunque atto, dice quest'ultimo, fatto in contravvenzione agli articoli...venti (quello che vuole la minuta) varrà come scrittura privata, se lo avranno sottoscritto tutte le parti ». — Così o l'atto che doveva farsi in minuta, e si è fatto in brevetto, offra solo tale irregolarità (che basta a fargli venir meno il valore di atto autentico), o la irregolarità derivi ad un tempo da tal vizio di forma, e da una delle altre cause indicate dal nostro, e dall'art. 68 della legge di ventoso; l'atto, purchè le parti lo abbiano sottoscritto, varrà sempre come atto privato regolare, cioè doppio e triplo, quando lo richiede lo art. 1325 (1279 M).

Riepilogando adunque diciamo, che oltre: 1° dell'atto autentico regolare per cui devono compiersi i vari dettati della legge di ventoso, e 2° dell'atto privato di cui nel secondo paragrafo si sono indicate dal Codice le regole, è riconosciuto dalla legge, 3° un atto autentico irregolare che vale come se fosse una scrittura privata; per modo che le tre sorta di scrittura che costituiscono la pruova letterale sono, l'atto autentico valido come tale, l'atto autentico valido come scrittura privata, e infine la scrittura privata.

III. — Nel nostro articolo, come nella legge di ventoso, l'atto che è in apparenza e non realmente autentico, vale come atto privato regolare, purchè le parti lo abbiano sottoscritto. Quindi bisogna dire con Toul-

lier (VIII, 135), non essere sufficiente la dichiarazione fatta nell'atto, che ciascuna o una delle parti abbia detto di non sapere o non potere sottoscrivere. Che la dichiarazione del notaro intorno a ciò sia efficace nell'atto autentico regolare, è naturale; ma non è il medesimo per l'atto che ha vaglia per una benigna eccezione: dovendo le eccezioni applicarsi rigorosamente, bisogna che vi sia la firma.

Il nostro articolo vuole indistintamente la firma delle parti, e la legge di ventoso di tutte le parti. Ma vogliansi accuratamente intendere coteste espressioni. Non è necessaria la firma di tutte le parti che abbiano figurato nell'atto a qualunque siasi titolo, ma quella di tutte quelle che abbiano contratta un' obbligazione, e contro le quali la scrittura dee far prova. Così è indispensabile la firma di tutte le parti nelle convenzioni sinallagmatiche nelle quali ciascuna di esse ha contratta un' obbligazione; e se fosse firmata da una sola, non avrebbe alcun valore, e non proverebbe nè contro quella parte che non ha firmato, e neppur contro l'altra che ha firmato, perchè quell'atto rimarrebbe un progetto che non vien provato di essere recato ad effetto. Ma basterà la firma del debitore in un contratto unilaterale, per esempio in un deposito che io fo presso Tizio, e che questi ha riconosciuto innanzi un notaro. Imperocchè, come ha fatto osservare Delvincourt (ib.), la firma del depositario basterebbe anche per una scrittura privata ordinaria.

In questo caso adunque non sarebbe affatto necessaria la mia firma sebbene io avessi figurato nell'atto (Conf., Duranton, n° 73; Bonnier, u° 376).

Ma che decidere se una convenzione presentasse da un canto una parte che ha

firmato, e dall'altro più parti cointeressate, una o alcuna delle quali soltanto avessero sottoscritto? Così presentandosi un atto notarile (nullo come tale) in cui si legge che Pietro si obbliga verso Giacomo e Giovanni o a rilasciar loro il suo potere, o a fabbricar loro una casa, o a fare o dare qualsiasi altra cosa, e costoro si obbligano in solido a pagargli 60,000 franchi, qual valore avrà cotesto atto se lo avrà firmato Pietro e Giacomo e non Giovanni? Esso sarà nullo e senza alcuna efficacia tanto rispetto a coloro che han firmato, che rispetto all'altro; e ci sembra evidentemente erronea la dottrina contraria di Toullier e di Duranton.

IV. — Toullier (VIII, 135 a 137) scioglie la quistione in modo contraddittorio; ma intende dire che l'atto è valido fra le parti le quali han firmato, salvo il dritto a ciascuna delle parti di sciogliersi fino a che l'altra parte non abbia manifestato di voler mantenere il contratto (1). Duranton, che almeno si esprime chiaramente e senza contraddirsi, insegna pure (t. III, n° 72) essere il contratto abbastanza formato e provato fra coloro che lo hanno sottoscritto, nè accorda a questi ultimi, come mal fece Toullier, la facoltà di sciogliersi dal loro obbligo che potrebbe solo venir meno (ammesso che esista) col comune consenso dei contraenti. — Per lo incoutro, Delvincourt (loc. cit.) insegna almeno come principio generale, come anche Bonnier (n° 376), l'atto di cui è discorso essere nullo per ciò solo che tutte le parti contraenti non lo abbiano sottoscritto.

Non ci par dubbio che cotesta ultima dottrina è la sola vera, mentre erronea è quella di Toullier e di Duranton.

Infatti, quando più persone volevano, per

(1) Toullier infatti avendo positivamente dichiarato nel n° 135 essere l'atto nullo, dice nel numero seguente, che quegli a cui è promessa la somma può pretendere l'adempimento da quello che promette ed ha firmato, tranne che costui prima della domanda non abbia dichiarato di tenersi sciolto dalla promessa; e avendo così contraddetto per una delle parti la proposizione, che l'atto era nullo, la contraddice egualmente per l'altra nel nu-

mero 137 con dire, che quello dei condebitori, il quale ha firmato, può anche, se la parte contraria non gli fa notificare ch'essa si tiene per liberata, costringerla allo adempimento, purché le si profertisca pronto ad adempiere per intero la obbligazione correlativa. Così i due numeri 136 e 137 rovesciano ciascuno per metà ciò che egli avea stabilito nel n° 135.

es., fare una compra in comune obbligandosi congiuntamente e in solido a pagarne il prezzo, ed una o talune soltanto di esse abbiano sottoscritto la progettata convenzione, come anche il venditore; dall'una e dall'altra parte si consentiva con la condizione che le altre parti si fossero pure obbligate, e quindi, mancando la firma di queste, la convenzione è rimasta sempre un progetto. Senza fallo, qualche cosa si è fatta, ma con condizione, e questa non recandosi in effetto, tutto rimane nel nulla; non vi è stata mai vendita. Duranton Toullier e Duranton dicono non potere il venditore ricusarsi di adempiere alla obbligazione, ove ne facciano domanda i compratori che abbiano sottoscritto, non avendo egli alcun interesse a ciò, da che i due o tre i quali han firmato, gli pagano la somma che gli sarebbe stata data dai cinque che avean progettato l'acquisto. È strano l'argomento, e sorprende che sia messo innanzi da giureconsulti. Per potersi ricusare ad eseguire una convenzione che *non esiste*, da quando si avrà interesse perchè la non esista? Ho consentito a vendere il mio podere per 60,000 franchi a cinque individui designati. Tre hanno accettato, due negato. Con qual dritto i tre mi costringeranno a rilasciar loro l'immobile per il medesimo prezzo od anche per uno maggiore? Io ho proposto un negozio, non si è accettato tal quale, dunque a nulla son tenuto; e rilasciando il mio podere per il medesimo prezzo ai tre che han sottoscritto, intendo fare un novello contratto.

L'errore di Toullier e di Duranton è anche più strano per quanto riguarda i compratori, perchè, a prescindere che la questione non è *d'interesse*, ma di *volontà*, e che dal volere comprare in cinque, non si può inferire che si voglia anche comprare in tre, è evidente che spesso si avrà riguardo e all'interesse e alla volontà, dacchè l'acquisto dell'immobile potrà es-

sere vantaggioso fatto dai cinque individui e invece svantaggioso restando a carico dei tre che han sottoscritto. Per altro non entra nella discussione la questione dello interesse; l'atto che non è firmato da tutti quelli che dovevano obbligarsi, fa prova di un progetto, non di una convenzione recata in effetto.

Ciò è stato riconosciuto dalla giurisprudenza della Corte suprema. Una decisione di rigetto del 27 marzo 1812, profferita conforme alle conclusioni di Merlin, bandisce: «un atto nullo, come autentico, non aver potuto egualmente valere come scrittura privata, non essendo firmato da tutte le parti contraenti, e la *mancanza di obbligazione* di una di esse impedire che si perfezioni il contratto».

Un'altra decisione assai più recente (26 luglio 1832) confermandone una della Corte di Metz, dichiara che quelli dei cinque compratori che avevano sottoscritto «*obbligandosi in solido, han voluto comprare ognuno per un quinto del prezzo, col dritto di rivolgersi ognuno contro gli altri; che la Corte di appello ha giustamente applicato le regole del dritto, non sostituendo una convenzione ad un'altra, nè costringendo coloro che han sottoscritto ad adempiere un contratto diverso da quello che aveano voluto fare; che stante il rifiuto di due dei cinque compratori di firmare il contratto, essendo venuto meno tanto pei venditori che pei compratori che han sottoscritto, il contratto quale intendevano tutte le parti, non vi era più vendita e diveniva necessario un novello accordo*». Fa meraviglia che Duranton, anche nella sua edizione accresciuta della analisi della giurisprudenza, non parla di tali decisioni che così apertamente contraddicono alla dottrina da lui professata (1).

Da ultimo faremo una osservazione di cui l'oggetto facilmente comprendesi, ed è, che la decisione da noi data non si applicherà soltanto all'atto autentico irregolo-

(1) Dev., 32, I, 492; J. P., t. XXIV, p. 4333. La seconda delle quali decisioni, a cui noi torneremo più innanzi (art. 1317 (1301)), decide pure,

e con molta ragione, che l'atto, di cui è discorso, non sarebbe nemmeno un principio di prova per iscritto.

lure, di cui trattiamo, ma si estenderà a tutti gli atti, qualunque essi siano, autentici o sotto firma privata. Così l'atto natale o l'atto privato fatto in doppio, che soltanto non sarebbe firmato da tutti i coobbligati, sarebbe per ciò solo senza alcun valore, dacchè, come abbiamo veduto, esso prova un progetto, non una convenzione stabilita, un negozio concluso.

Ma se la parte che non ha firmato, confessasse, la firma che non ha potuto o voluto dare essere solo necessaria per la prova del contratto e non mai per la sua formazione; la convenzione essere stata debitamente conclusa prima che si facesse l'atto e indipendentemente da esso, e le parti tenersi già per obbligate, in tal caso non importerebbe la mancanza della firma; la convenzione sarebbe allora pienamente efficace poichè *sarebbe formata*, fatta astrazione della scrittura, e *provata* dalla confessione delle parti.

V.—Vedremo ora qualisono propriamente gli atti che non ostante la loro nullità come autentici avranno con la indicata condizione il medesimo valore di una scrittura privata fatta regolarmente. Secondo il nostro articolo son quelli che difettano per incompetenza, incapacità o mancanza di forma; ma cotesta regola ha bisogno di svolgimento, essendovi atti che ella abbraccia mentre sembra escluderli, ed altri a cui non deve applicarsi, sebbene nei suoi termini par che si comprendano.

E primieramente, vi si comprendono alcuni casi che ne sembrano esclusi. Così, sebbene la deposizione o lo scambio di un notaro non siano semplicemente casi di incompetenza o di incapacità, poichè il pubblico ufficiale deposto o che si licenzia da uno ufficio, non è più pubblico ufficiale diventando assolutamente un privato, pure l'atto ricevuto da chi fu notaro, e che le parti ignorano di essere deposto o licenziato dall'ufficio, doveva certamente rientrare nella nostra regola e vi si trova difatti posto. L'art. 68 della legge di ventoso che porge la medesima disposizione del nostro, rimanda all'articolo 52, il quale pareggia alla semplice so-

spensione la deposizione o la licenza dall'ufficio. Di certo non basterebbe essere stato in qualunque tempo notaro; perchè alcuno possa fare atti che abbiano forza di atti privati, senza seguirne le regole, bisogna che l'atto abbia l'apparenza di autentico, che le parti abbiano potuto e dovuto credere che quello, cui si dirigevano, era pur notaro; e quindi se l'atto fosse stato ricevuto poco dopo la deposizione o la sostituzione, e quando colui che fu notaro esercitava ancora il suo antico ufficio, sebbene indebitamente, le parti avrebbero sempre il beneficio del nostro articolo.

Viceversa, sebbene incompetente sarebbe un notaro per un atto che doveva farsi da questo o quell'altro pubblico ufficiale; pure gli atti da lui fatti non varrebbero nè come scritture private, nè come atti autentici.

Non s'intende parlare dell'atto che nessun notaro poteva ricevere, ma di quelli che dovevano esser regolarmente fatti presso un notaro che non è quello che li ha ricevuti. Ciò indica l'art. 68 della legge di ventoso rimandandoci all'articolo che prevede il caso di un notaro esercente l'ufficio fuori distretto. Similmente, sebbene *difetto di forma* sia la mancanza della firma del notaro, e nei termini generali del nostro articolo come nell'art. 68 della legge di ventoso che rimanda all'articolo 14, sembra che si comprenda, è certo, che ove manchi la firma, non si potrebbero applicare cotesti articoli. La scrittura non firmata dal notaro non è nè realmente nè *apparentemente* autentica; nè può quindi valere come atto privato, se non quando sia tale ed offra le speciali condizioni richieste per questa terza classe di atti. Così fu deciso da una decisione di Parigi già citata nel numero 11 dei 14 agosto 1815, e da un'altra della medesima Corte dei 17 dicembre 1829.

Per quanto riguarda la parentela o la affinità fra il notaro e le parti o i testimoni o fra i due notari, la mancanza di minuta, o l'assenza in alcuni casi del notaro secondario, o dei due testimoni che debbono sostituirlo (e la mancanza per al-

tri atti della *comedia legale*, che consiste, come abbiamo veduto nel n. III dell'articolo 1117 (1071), nel menzionare e far firmare come presenti un notaro o dei testimoni mentre nol sono), la irregolarità dell'amministrazione della carica del notaro, ec. tutti questi sono casi d'incapacità o di mancanza di forme che dovrebbero naturalmente rientrare nella regola del nostro articolo, quand'anche l'artic. 68 non dimostrasse questa verità col rimandarci agli art. 8, 9, 10, 20, 64, ec.

L'espressione di Toullicr è incisa e troppo ristretta quando dice e ripete ad ogni passo, specialmente nei nn. 134, 140, 141 (tom. VIII), che la legge, purchè le parti abbiano firmato, dà valore di atto privato allo autentico che è *nullo per mancanza di forma*. Nè la regola si applica solo alla mancanza di forma; il nostro articolo stesso parla e dell'incompetenza e della incapacità dell'uffiziale, non che del difetto di forma. È tanto più grave in Toullicr questo vizio di espressione, quanto egli nelle quindici pagine che scrive intorno a tal regola (nn. 134-142), non spiega in alcuna parte a quali atti si applichi, restringendosi a ripetere sempre che si tratti dell'atto *nullo per mancanza di forma*. L'espressione assai molto ristretta da una parte, diventa troppo larga dall'altra, poichè comprenderebbe pure i casi in cui manca la firma del notaro.

VI.—Porrem termine alla spiegazione di questo articolo con due semplicissime osservazioni: l'una è, che l'atto nullo come autentico, non potrebbe mai aver quel valore che gli dà il nostro articolo, e resterà come non avvenuto, se rigorosamente è richiesto dover essere autentico come una donazione fra vivi. — L'altra è, che quando la scrittura offrirà le condizioni volute per le scritture private, varrà certamente come tale per quanto molti e gravi possano essere i vizi che egli avrebbe

come autentico. Così, se l'atto non fosse firmato dal notaro, od anche fosse stato steso da un individuo estraneo del tutto al notariato, sarebbe pienamente valido come atto privato per il solo fatto della firma, se la legge in tal caso si contenta della sola firma; ovvero, se essendo soggetto alla necessità del doppio (art. 1325 (1279)), il notaro o il preteso notaro avesse steso due originali sottoscritti dalle parti, ovvero, ove fosse bisogno (art. 1326 (1280)) si fosse compita la formalità del buono o dell'approvato. In tal caso sarebbe non più un atto autentico vizioso, che varrebbe come scrittura privata, ma nè più nè meno una scrittura privata, e saremmo già fuori del nostro articolo. Notiamo qui un'ultima idea perchè Toullicr vi ha troppo iminorato (nn. 133, 141 e 142), appiccicandola alla spiegazione del nostro articolo, benchè vi fosse del tutto estranea; ed è, che quand'anche l'atto fosse nullo e come pubblico, e come scrittura privata, da ciò non sorgerebbe affatto la nullità della convenzione che esso dovesse provare, se la si fosse realmente formata e stabilita per altro modo; p. e. per la confessione delle parti. Qualora la scrittura non si richiede per la formazione stessa del contratto (articolo 1107 (1061) *in fine*, 1108 (1052), n. X, *in fine*), ma solo per la prova, il vizio o la inesistenza della scrittura diventano di nessun momento quando la convenzione è altrimenti provata. Altro è la quistione di formazione o di validità della convenzione, che da noi è stata dianzi trattata, altro la quistione di *pruova* che forma l'oggetto del nostro capitolo VI.

Si badi del resto, che per lo più le parti, fatta astrazione di qualunque esigenza della legge, intendono solo legarsi colla firma stessa della scrittura, e tengono che essa costituisca la conclusione del negozio e insieme la sua prova.

1319 (1273).—L'atto autentico fa piena fede della convenzione che racchiude, fra le parti contraenti e loro eredi, o coloro che han causa da esse.

Ciò non ostante, nel caso che l'atto venga impugnato direttamente colla querela di falso, se ne sospende l'esecuzione, appena ammessa l'accusa: nel caso poi che

si proponga la falsità per incidente, i tribunali potranno, secondo le circostanze, sospendere provvisoriamente l'esecuzione dell'atto.*

SUMMARY

I. L'atto autentico fa piena prova fino a che si scrivano in falso le convenzioni ed anche i fatti che comprovano, purché siano cose che il notaro attesti propriis sensibus, e che egli deve raccertare.

II. L'atto fa piena fede assolutamente in rispetto tanto ai terzi, che alle parti. Censura di Pothier e del Codice che male si esprime.

III. La esecuzione ne rimane sospesa per la iscrizione in falso. Osservazioni.

I.—L'atto autentico fa piena fede cioè stabilisce la pruova completa dei fatti e delle convenzioni che riferisce, e che l'ufficiale compilatore deve comprovare, per forma che non potrebbe nè respingersi con una semplice negazione, e neppure provarsi falso cogli ordinarli spediti.

La falsità potrebbe senza dubbio provarsi; poichè potendo un ufficiale ribellarsi ai suoi doveri, la legge non poteva privare i cittadini del mezzo onde provarlo infedele: ma la prova deve farsi col mezzo tanto difficile della iscrizione in falso (Cod. di proc. art. 214, 251 (309, 346)).

L'atto autentico fa piena fede, intera prova dei fatti, e delle convenzioni fino a

che esso sia distrutto mercè la iscrizione in falso. In fatti, esso non solo prova le convenzioni, secondo dice il nostro articolo, *quod contentum est*, ma tutto ciò che è avvenuto innanzi il notaro, *quod actum est*; e quindi una numerazione di specie, o le dichiarazioni di volontà che costituiscono un testamento, benchè non offrano convenzione, saranno provate dall'atto come lo sarebbe un contratto. L'articolo 1 della legge di ventoso è più completo ed esatto del nostro, parlando di atti e contratti che le parti abbiano voluto fare in forma autentica.

Ma l'atto prova in tal modo le cose che il pubblico ufficiale abbia potuto raccertare.

* Massime della C. S. di Napoli.

L'accusa di falso non sospende l'esecuzione dell'atto, sino a che non sia stata ammessa, ancorchè siasi spedito mandatu di arresto. 3 gennaio 1822.

— L'atto autentico fa piena fede anche per la data, sebbene non siasi registrato a tempo, o il registro siasi falsificato. 9 marzo 1824.

— La querela di falso principale sospende il giudizio, tranne quando si ereda che il documento non influisca. 20 sett. 1825.

— La querela di falso civile è ammissibile anche contro il titolo autentico. 16 febbraio 1830.

— Dopo rigettato il falso, non può parlarsi di dolo e simulazione. 7 gennaio 1832.

— Nel falso va compresa la rasura ed ogni altro vizio del documento. 23 febbraio 1832.

— Sino a che la querela di falso non venga rigettata, l'attore non può trar profitto dal documento impugnato. 16 aprile 1833.

— Se alcuno abbia con diversi atti riconosciuto l'esistenza del credito, se abbia confermato o volontariamente esguito l'istrumento da cui il credito medesimo deriva, querelarlo di falso incidente civile non è che voler dilazionare il pagamento. Quindi, in questo caso, possono i giudici del merito respingere la querela, e non quella che non sarebbe allo stato produttiva di nessun effetto. 8

agosto 1816.

— Ammessa la iscrizione in falso incidente civile per distruggere la fede dovuta ad atti autentici, non possono i giudici, senza pronunziare sul falso, dichiarar nulli gli atti medesimi, valendosi delle pruove raccolte per la falsità. 18 ag. 1816.

— La condanna disciplinare entro un usciere per non aver consegnato un atto del suo ministro, non toglie fede all'atto medesimo, quando intenga la querela di falso. 14 agosto 1819.

— Non può sospendersi la esecuzione di una transazione passata in istrumento, che col giudizio di falso a' termini dell'art. 1273 II. cc. 6 aprile 1830.

— Il sospendere o no la esecuzione di un atto autentico (nella specie era una fede di credito) contra il quale si è proposta querela di falso incidente civile, è nella facoltà del giudice di merito; quindi l'adattare l'una o l'altra di queste providenze, è al cospetto di ogni censura. 11 gennaio 1830.

— La semplice minaccia di falso di un certificato decuriale, non ne paralizza l'efficacia. 20 aprile 1832.

— Dichiarato vero un documento in giudizio penale, quantunque con deliberazione emessa in Camera di consiglio, non vi è luogo a discutere sulla falsità dello stesso in linea civile. 7 agosto 1832.

Primamente fa d'uopo che il notaro abbia potuto raccertarle, cioè che le cose siano avvenute innanzi a lui, ed egli l'abbia veduto o inteso, e che le attesti per averne avuto certezza *propriis sensibus*. Se dunque si volesse contraddire l'atto in quanto che dichiara che il tale era maggiore, non dovrebbe iscriversi in falso, poichè non si impugna la veracità del notaro; si pretende solo che sia falsa la dichiarazione di maggiore età che si riconosce essergli stata realmente fatta. Del pari, se si pretende che le convenzioni comprovate dall'atto siano fraudolenti o simulate, non si impugna nemmeno la veracità del pubblico ufficiale, attaccandosi solo la sincerità e lealtà delle convenzioni, che si riconosce altronde essersi fatte innanzi il pubblico ufficiale. È questo un punto consacrato da moltissime decisioni delle Corti di appello e della Corte Suprema (1).

Oltre a ciò ha mestieri che l'oggetto che si è comprovato, lo debba essere stato dal pubblico ufficiale. Dunque non si dovrebbe fare iscrizione in falso, a fin di provare il disordine delle facoltà intellettuali nel punto che si faceva l'atto, del testatore o del donante che il notaro avrebbe dichiarato sano di mente, avvegnachè il notaro non dovesse comprovare in modo autentico lo stato della salute delle persone (Toullier, n° 145, nota; Bonnier, numero 391).

II. — L'atto autentico assolutamente e rispetto a tutti, prova fino alla iscrizione in falso *id quod concentum aut actum est*, e male il nostro articolo, avendo detto che l'atto fa piena fede, soggiunge « fra le parti, loro eredi o aventi-causa ». Per quanto riguarda la fede dovuta all'atto, non bisogna tener ragione di tali parole, non inserite nell'art. 19 della legge di ventoso che il nostro ha voluto riprodurre (Fenet, XIII, p. 114). Pothier, da cui i nostri compilatori le ebbero copiato, le avea detto

per aver male interpretato un passo di Dumoulin cadendo in una confusione contro cui quello avea levato alta la voce.

Pothier diceva (art. 3, § 3, § 1 e § 4, § 1) e parecchi commentatori del Codice han ripetuto dopo lui, a fin di giustificare il modo onde è compilato il nostro articolo, che riguardo ai terzi l'atto fa fede ma non piena fede; che per essi prova soltanto *rem ipsam*, cioè l'oggetto principale e diretto della scrittura, le disposizioni dell'atto, mentre per le parti, loro eredi o aventi-causa esso prova eziandio le semplici dichiarazioni incidenti, le semplici enunciazioni, purchè siano in rapporto diretto con le disposizioni. Or tutto questo essendo puramente immaginario, dobbiam dire con Toullier (VIII. 148) e Bonnier (n. 392) che rispetto alla prova delle convenzioni non vi ha differenza fra le parti e loro aventi-causa e i terzi, fra le disposizioni, e le enunciazioni; e che tutti i peccati dell'atto autentico, tutti i raccattamenti del pubblico ufficiale, siano dispositivi o enunciativi, fan piena ed intera fede rispetto a tutti senza che alcuno possa mai contraddirne uno in altro modo che con la iscrizione in falso. I terzi non meno che le parti non possono smentire l'ufficiale in cui la legge ha riposto la sua confidenza; ed assolutamente riguardo a tutti egli si reputa aver detto il vero fino a quando non si è dimostrato falsario coi mezzi autorizzati dalla legge.

Ma se uguale è per tutti la veracità del pubblico ufficiale e quindi la fede dovuta agli atti, non è del pari il medesimo l'effetto che tali atti dovevano guereare, cioè i dritti e le obbligazioni che saran sorgere il fatto o la convenzione comprovati; o quanto all'effetto son vere la regola del primo paragrafo del nostro articolo e quella del seguente. I quali in somma han voluto parlare non della fede, nè della credenza che si deve accordare all'atto, ma del suo

(1) Vedi specialmente le decisioni di rigetto del 31 luglio 1833, 4 febbraio 1836, 2 marzo 1837, 9 maggio 1839 (Dev., 33, I, 810; 36, I, 839; 37, I, 985; 39, I, 483). — J. P., t. XXV, p. 746; 1837, t. II, p. 89; 1839, t. II, p. 258. — Per medesimezza

di ragione si ammette potersi provare per testimoni, senza iscriversi in falso, che le stipulazioni contenute in un atto autentico siano incerte. Rig., 23 dic. 1853 (J. P., 1855, t. I, p. 280).

effetto cioè dei dritti e delle obbligazioni che esso verrà generando. Per quanto riguarda lo *effetto* dell'atto, cui solo mirarono i compilatori, sebbene accennino il contrario, le regole dei nostri due articoli diventano perfettamente esatte; per lo incontro sarebbero insieme falsissime e contrarie tanto alla mente del legislatore che alla ragione, se si volessero intendere della *fede* dovuta all'atto, che secondo i casi sarebbe più o meno piena. Adunque il vizio è nel modo, e proviene dal confondere la fede dovuta all'atto e lo effetto che gli si deve dare, il qual vizio trovasi anche in Pothier.

Svolgiamo alcun poco coteste idee.

Primamente le regole dei nostri articoli 1319, 1320 (1272, 1273) inammissibili, se s'intendano della fede dovuta agli atti, diventano semplicissime e razionali quanto all'effetto che l'atto deve produrre. — Difatti, se un atto notarile deve far fede e meritar credenza tanto rispetto ai terzi, che rispetto alle parti o loro rappresentanti, è ben semplice che le convenzioni o atti qualunque in quel modo fatti, abbiano il loro effetto fra le parti o loro rappresentanti; il che sarebbe l'applicazione dell'artic. 1168 (1118) e di quella regola di dritto e di ragione, *res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest*. Similmente vedremo che le regole del seguente articolo, senza scopo, se s'intendono della fede dovuta all'atto, diventano giustissime spiegandosi sotto il medesimo aspetto, e quanto agli effetti dell'atto.

Secondariamente, questo pensiero in sostanza vollero esprimere con quel modo improprio i compilatori sulle orme di Pothier. E che sia vera la proposizione sembra uscire dal testo medesimo del nostro articolo. Infatti la seconda parte che, incominciando dalla congiunzione *e* non ostante, indica una eccezione alla regola posta; dice che in questo o in quel caso la esecuzione dell'atto sarà sospesa; ma se è così, la precedente regola nella mente dei compilatori prescrive lo *effetto* dell'atto. Ravvicinando i tre articoli 1319, 1320 e 1321 (1273, 1274, 1275) si prova anche meglio la idea; nei due pri-

mi i compilatori, benchè parlino della fede dovuta all'atto, scennano all'effetto che esso deve produrre, tanto che avendo trattato dell'effetto degli atti si occupano nell'ultimo articolo, ed ora esplicitamente, dell'effetto delle controscritture per cui si modificherebbero le disposizioni.

Infine la confusione commessa qui da Pothier (indi dai nostri compilatori) e che egli credeva, di riprodurre dalla dottrina di Dumoulin, era stata anzi censurata da quest'ultimo con la maggiore energia. La breve analisi che noi faremo per provare tal fatto, sarà la più fulgida dimostrazione delle regole di dritto intorno a tal punto.

Pothier, il quale primo immaginò (*ubi sup.*) che l'atto prova il suo contenuto rispetto alle parti, e soltanto *rem ipsam* rispetto ai terzi, stima aver cavato tal dottrina dal paragrafo 8 del commentario di Dumoulin intorno alla Consuetudine di Parigi, nn. 8 e 10 (tit. 1, *Dei Feudi*). Or Dumoulin nel passo indicato spiega appunto il contrario con grande insistenza, notando la confusione in cui erano incorsi i dottori e da cui Pothier non seppe schermirsi. Egli dice nel suo sommario, *Instrumenta publica probant contra omnes*; e Pothier, che forse non andò più in là del sommario, non lo ebbe ben compreso: dappoichè invece d'intenderlo in un senso assoluto e vero: « Gli atti pubblici provano rispetto a tutti ciò che è avvenuto innanzi il notaro, *rem gestam*, tutto ciò che il notaro dichiara » lo prese in un senso restrittivo: « Gli atti provano soltanto contro tutti *rem gestam*, *REM IPSAM*, il fatto principale della convenzione, mentre fan fede fra le parti di tutto ciò che elle racchiudono ». Vedremo quanto il profondo commentatore della Consuetudine di Parigi sia lontano dallo ammettere la distinzione che gli vien fatta fare da Pothier.

Dumoulin dichiara primieramente non doversi confondere la forza probante dell'atto con la forza efficiente, ciò che riguarda la *prova* con ciò che riguarda gli *effetti* e il fondo del dritto, la *fede*, la credenza dovuta alle dichiarazioni dell'atto

coi dritti che l'atto genera in pro o contro le persone. Innanzi di rispondere alla quistione intorno al valore dell'atto autentico regolare, egli osserva che la quistione può farsi o quanto alla prova o quanto agli effetti e ai dritti che l'atto deve produrre: « *Aut quaeritur quoad veritatem seu probationem rei gestae... aut quaeritur quoad jus et effectum actus gesti*; » e avendo così fin dal principio fatta quella distinzione che non fu scorta da Pothier, dichiara e per tre volte successive, che per quanto riguarda la prova, la forza dell'atto è esattamente e assolutamente vera per tutti, senza potersi fare distinzione fra i terzi e le parti, loro eredi o aventi-causa; « *Quoad veritatem seu probationem, plenam fidem facit quoad omnes; nedium inter patronum et clientem (1) vel eorum haeredes, vel causam habentes, sed etiam contra quoscunque extraneos; quoniam aeta vel quaecunque scripta publica probant seipsa, id est rei taliter gestae fidem faciunt inter quoscunque* ». — Esposto così quanto riguarda la fede dovuta all'atto, la sua forza probante, Dumoulin viene agli effetti che l'atto dee produrre; e allora fa distinzione secondo vuole la ragione, tra le parti, loro eredi o aventi-causa, e i terzi: « *Quoad jus et effectum actus gesti tunc aut inter quos confectum est, eorum haeredes vel causam habentes aut inter penitus extraneos*; » e dice che quanto ai primi l'atto, che fa prova, ingenera pure dritti o obbligazioni, mentre non potrebbe produrre rispetto ai secondi: « *In primo membro, plene probat et praejudicat...*; *secundo membro, tidelicet inter extraneos, illis non praejudicat, quia res inter alios aeta, non nocet, nec obligat, nec facit jus inter alios* ». — E quasi fosse poco esporre in modo sì chiaro tali evidenti regole; quasi avesse egli presentito che la confusione già sorta innanzi a lui fra la fede dell'atto e il suo effetto, potesse appresso rinnovarsi, e avesse creduto ne-

cessario dimostrare con la maggiore energia cotesta falsa idea, il grande scrittore ripete con un'ultima frase, che la forza probante dell'atto è la medesima *riguardo a tutti indistintamente*, essendo l'atto autentico per tutti, e affinché si fosse guardinghi contro il linguaggio inesattissimo dei dottori che parlano spesso senza comprendersi: « Così, egli dice, bisogna spiegare le parole dei dottori nel senso degli effetti dell'atto: *Ita exponenda sunt dicta doctorum ubicunque perfunctorie et erasse (ul plerumque solent) loquendo, dicunt instrumentum publicum inter extraneos non probare; quia ibi verbum probare per calachrsim, sive improprie, pro jus efficere, sive praejudicare, accipitur. Coeterum, verè et proprie loquendo, publicum instrumentum erga omnes est atque publicum et probans* ».

Come comprendere ora che Pothier abbia veduto una forza probante maggiore rispetto ai terzi, e che anche in oggi giureconsulti di rinomo, e dotti professori invece di correggere il modo vizioso del Codice, insegnino e scrivano, che l'atto rispetto ai terzi prova soltanto *reum ipsam*, e fa piena fede rispetto alle parti o loro rappresentanti (Dumante, II, 793)? Facciamo dunque di non andare indietro da Dumoulin, di non retrocedere di 300 anni, nè ricadiamo oggi in quel falso e vòlo linguaggio che il potente logico del XVI secolo tanto severamente rimproverava ai dottori dei suoi tempi. Quel che l'atto notarile prova fra le parti, è ben ragionevole lo provi rispetto ai terzi, rispetto a tutti, chiunque si sieno; assolutamente e non solo per quelli che vorranno avere confidenza in lui, il notaro è pubblico ufficiale, posto a dar pubblica fede a ciò che avviene innanzi a lui, e a dar fuori proposizioni che abbiano fede fino alla iserizione in falso. Senza fallo, ove si tratta dell'effetto che debbono produrre cotali proposizioni avute per vere, dei dritti ed obbligazioni che devono ingenerarsi da ciò che si è detto o fatto

(1) Si bisognano qui rendere generali le espressioni di Dumoulin e ciò che dice del *patronus* e del *clientis* intenderlo di tutte le parti contraenti:

il nostro passo, come abbiain detto, è cavato dal titolo dei *feudis*.

innanzi il notaro, *quoad jus, et effectum actus*, o allora bisognerà fare un'accurata distinzione fra le parti e i terzi; ma rispetto alla fede dovuta a ciò che vien accertato, rispetto alla verità dei fatti e dei detti riferiti dal pubblico ufficiale, senza uscire dai suoi obblighi, *quoad veritatem seu probationem*, essa è assoluta e senza distinzione di sorta; ciò che racconta il notaro fa pruova per tutti, ciò che non fa pruova pei terzi, non ne fa per nessuno.

N. B.—Benchè Toullier ammetta almeno in germe, le idee da noi sviluppate, bisognerà star guardinghi dal prenderlo a guida in tal materia, e leggerlo anzi con precauzione e diffidenza, perchè sembra che abbia intorno a ciò idee poco esatte e cada (almeno quanto alle espressioni che usa) in contraddizioni, fra cui sarebbe spesso difficile, se non impossibile, prendere alcun costrutto. Così egli mostra la sua dottrina come professata altre volte da Dumoulin, e Pothier; ora noi abbiain veduto che questi si è stranamente allontanato dalle spiegazioni chiare e logiche di Dumoulin, e si è gettato, per trascinarvi dietro a sè il Codice, in una confusione contro la quale quest' ultimo si era efficacemente opposto. Così pure dopo aver detto che il nostro art. 1319 (1273) è inesattamente compilato, restringendo la fede dovuta all'atto autentico tra le parti e i loro rappresentanti, mentre essa per la convenzione, quanto per gli altri fatti attestati dal notaro si estende evidentemente ai terzi, egli ripete più volte, e specialmente al titolo IX, n. 68 che « questi atti, benchè autentici, fanno fede DEI FATTI CHE CONTERGONO, soltanto tra le parti e loro eredi o aventi-causa, giusta l' art. 1319 (1273) ».

Le spiegazioni di Duranton, assai meno complete, non sono al certo più esatte, e sarebbe difficile giudicare se la dottrina del dotto professore sia quella di Dumoulin o Pothier.—Egli da una parte dice bene che l'atto fa ugualmente fede rispetto ai terzi, salvo che non produce EFFETTO PER OBBLIGARLI, e questa sembrerebbe la

dottrina di Dumoulin; ma egli aggiunge che questa fede in ciò che riguarda i terzi cade sopra *rem ipsam*, sul fatto *principale*; il che indica una differenza anche quanto alla fede dovuta tra i terzi e le parti, e rientra quindi nell'idea di Pothier (XIII, 81, 98).

III.—Secondo la disposizione del paragrafo 2 del nostro articolo, l'effetto dell'atto autentico può, e qualche volta deve essere sospeso dalla procedura di falso. Se l'atto s'impugna con un'azione criminale diretta contro l'autore del preteso reato di falsità, la sospensione di pieno dritto risulta dalla decisione che pronuncia la sottoposizione all'accusa, e rimanda avanti la Corte (Codice d'istruzione criminale articolo 231)). Al contrario, allorchè l'atto è stato impugnato di falso avanti la giurisdizione civile, i giudici possono sospendere secondo i casi.

Sarebbe fuori di proposito lo sviluppare qui le idee che si rannodano nelle bizzarre espressioni di *falso principale* e di *falso incidente*, le quali si conservano come tante altre, per una cieca pratica. La è questa materia dei Codici di procedura e di istruzione criminale; ci avanza qui il conoscere, che il falso dicesi principale quando si persegue criminalmente giusta gli art. 145 (287) e seguenti del Codice penale 448 (439) e seg. del Codice d'istruzione criminale; dicesi incidente quando si vuol provare davanti i tribunali civili durante un litigio pendente giusta gli articoli 214 (309) e seguenti del Codice di procedura. Non dobbiamo nemmeno esaminare se il falso potrebbe essere principale, cioè l'oggetto di una azione principale tanto presso i tribunali civili che presso i criminali; diciamo solo che se si persegue principalmente presso i primi, sarebbe anche facoltativa la sospensione della esecuzione, poichè il legislatore non si è in nessun luogo occupato di tal caso, e quindi la sospensione non è stata da lui pronunziata.

Un'ultima osservazione. Ravvicinando i due paragrafi di questo articolo, si potrebbe credere che un atto, purchè autentico,

sia capace sempre di esecuzione forzata (salvo lo effetto della iscrizione in falso) e che la forza esecutiva sia conseguenza diretta dell'essere autentico. Sarebbe un errore; l'atto autentico è esecutivo in quanto è rivestito della formula che porta il comando del sovrano « *Impero francese; Napoleone per la grazia di Dio e la volontà del popolo...* Qui segue il tenore dell'intero atto; e poi *Comandiamo ed ordiniamo*, ec. ». Questa formalità che si pone al principio e alla fine dell'atto comede delle sentenze, dicesi alle volte *il pareatis* (obbedite) d'onde le espressioni molte ridicole di *titolo parato, esecuzione parata*.—Un atto autentico non suscettivo di esecuzione è il verbale di conciliazione del giudice di pace che secondo l'art. 54 (T) Cod. proc. ha la forza di un atto privato rispetto alla esecuzione.

1320 (1274).—L'atto, sia autentico, sia privato, fa prova tra le parti, anche di quelle cose le quali non vi sono espresse se non in termini enunciativi; purchè la

enunciativa abbia un diretto rapporto colla disposizione. L'enunciativa estranea alla disposizione non possono servire se non per un principio di prova.

SOMMARIO

I. Distinzione tra il dispositivo e l'enunciazioni di un atto; queste sono dirette o estranee a quello.

II. Il presente non che il precedente articolo comprende nella parola fede gli effetti che l'atto deve generare. La fede è una sempre e per tutti.

III. La enunciazione diretta è efficace quanto una

disposizione speciale, quella estranea al dispositivo consente solo che si provi per testimoni ciò che non avrebbesi potuto per iscritto. Idem in una scrittura privata.

IV. Coteste enunciazioni sono oggi inefficaci contro i terzi.

V. Tanto le antiche quanto le recenti. Diversi errori di Toullier.

I.—Nel testo di un atto distinguesi la disposizione dalla semplice enunciazione. Chiamansi disposizioni, o proposizioni dispositive, o dispositivo dell'atto tutto ciò che esprime il vero oggetto di esso, la convenzione che le parti han voluto fare, la condizione in cui si son poste, per forma che nulla potrebbe togliersi al dispositivo senza mutare la convenzione che si volea fare. Al contrario diconsi enunciazioni, o proposizioni enunciative, le semplici indicazioni che al fine dell'atto sono accessorie e superflue, per modo che le si potrebbero togliere senza in nulla modificare la convenzione. Fra le enunciazioni distinguonsi dall'articolo, quelle che hanno una referenza diretta e prossima col dispositivo, e le altre che avendone una lontana, son veramente estranee allo scopo prefisso. Così, per mo' d'esempio, Pietro vien con me da un notaro a stipularmi il titolo della rendita che da più anni mi deve; egli firma al pari di me un atto con cui riconosce essermi debitore di una rendita di 100 fr. all'anno, di cui son

pagati fino al presente i decorsi, e doverla pagare fino ad un tempo determinato.

Le parole di cui i decorsi sono pagati fino al presente sono un'enunciazione, nè appartengono al dispositivo dell'atto, il quale mira a darmi un titolo del mio dritto di rendita, e non a dare a Pietro una quit-tanza dei decorsi dianzi pagati; ma tale enunciazione ha un rapporto molto diretto ed intimo con le disposizioni. All'incontro, se Pietro, cui vendo la mia casa per 20 mila franchi, dichiara di pagarmi il prezzo quando egli mi pagherà i 10,000 franchi dovutimi, di cui gl'interessi son pagati fino al presente, quest'ultima frase è anche una enunciazione; ma nessun rapporto ha col dispositivo dell'atto, poichè in esso si vogliono soltanto stabilire le regole e le condizioni della vendita.

Conoscinta la differenza che corre tra il dispositivo di un atto e le sue enunciazioni le quali si riferiscono direttamente a quello, o gli sono estranee, passiamo alla spiegazione dello articolo.

II.—Abbiamo veduto colle spiegazioni

date al n. II del precedente articolo, che il nostro, tuttochè dichiara di trattare della *fede* dell'atto, tratta al contrario degli *effetti* che esso può produrre.

La fede dovuta all'atto, di cui l'articolo pare si occupi e non tratta, la credenza a ciò che attesta il notaio, è affatto la stessa tanto per le enunciazioni, che per le disposizioni, tanto pei terzi che per le parti; nissuno, senza iscriversi in falso, può dire che il notaio ha mentito in qualsiasi parte dell'atto, o in una enunciazione, o in una disposizione; la credenza che la legge accorda e impone, è necessariamente la medesima per tutto e per tutti: *quoad veritatem seu probationem, plenam fidem facit quoad omnes: publicum instrumentum erga omnes est aequè publicum et probans.*

L'atto, come noi abbiain detto al n. I dell'articolo precedente, farà fede di ciò che il notaio attesta *propriis sensibus*: così sarà provato, e sarà legalmente incontrovertibile (in altro modo che colla iscrizione in falso) non che i decorsi, di cui si tratta di sopra, fossero pagati (non essendo ciò che il notaio ha attestato) ma solo che *Pietro ha dichiarato* che fossero pagati, salvo ad esaminar poi, come faremo nel n. III, se, e dentro quai limiti, la dichiarazione potrà produrre un effetto, e ingenerare dritti e obbligazioni.

III. — Il valore dell'atto è invariabile, è sempre ed assolutamente il medesimo, quanto alla fede dovuta a ciò che vi è accertato, ma non così quanto all'effetto dell'atto, quanto ai dritti, alle obbligazioni che crea. Or il nostro articolo colla parola inesatta di *fede* intende unicamente parlare dello *effetto*, perchè secondo Dumoulin, le parole, *probare, fidem facere*, sono allora usate impropriamente per *jus efficere, praejudicare*. Allora e *quoad jus et effectum actus*, siccome si fa distinzione fra le parti e i terzi, così devonsi pur distinguere le disposizioni dall'enunciazioni, ed anche se queste ultime siano dirette od estranee al dispositivo.

Il nostro articolo dichiara con ragione che le semplici enunciazioni producono fra

le parti (e fra i rappresentanti di esse, sebbene il testo nol dica) il medesimo effetto delle stesse disposizioni, quando direttamente a quest'ultimo si riferiscono; e che al contrario formano solo un principio di pruova per iscritto fra le parti o loro rappresentanti, quando esse sono estranee alle disposizioni. Così se l'atto stesso per costituire a Paolo un titolo della rendita dovutagli da Pietro, fa per incidenza menzione che tutti i decorsi della rendita sono stati soddisfatti, questa semplice *enunciazione* metterà anche le parti nello stesso stato rispettivo, come se esistesse intorno a ciò una *disposizione*, cioè una formale quittance di Paolo a Pietro per tutti i decorsi. Difatti, se Paolo intervenendo nell'atto con cui Pietro riconosce la rendita, non fosse stato pagato dei decorsi, egli non avrebbe lasciato inserirvi siffatta enunciazione, a cui, perchè troppo intimamente riferivasi all'oggetto principale della scrittura, egli aveva dovuto por mente.

Per l'opposito, se nell'atto di vendita di una casa si fosse incidentemente detto, che il compratore ha pagato gl'interessi di un debito, può bene avvenire che questo membro della frase, che non era in alcun modo relativo all'oggetto del contratto, sia stato inavvertito dal venditore fra le altre molte clausole; e la legge quindi non poteva renderlo così efficace quanto una speciale disposizione, quanto una formale quittance. Ma siccome questa enunciazione, rende se non certo come la precedente, almeno verisimile il consenso del creditore, non mancherà di effetto; sarà fra le parti un principio di pruova per iscritto, cioè che il debitore o il suo rappresentante potrà provare contro il creditore o suoi aventi-causa la sua liberazione per semplice testimonianza (art. 1347 (1301)) mentre in principio avrebbe potuto ciò far solo per iscritto (art. 1344 (1295)).

Del resto, poichè qui trattiamo dei rapporti delle parti fra loro o dei loro rappresentanti, non dei terzi, e che rispetto alle prime una scrittura privata ha necessariamente il medesimo effetto dell'atto autentico (art. 1322 (1276)), il già detto per

le enunciazioni contenute in un atto notarile si applica similmente a quelle sotto firma privata: siccome è formalmente dichiarato dal nostro articolo.

IV. — Così le enunciazioni ora hanno lo stesso effetto di una disposizione, ed ora facultano la prova testimoniale quando non sarebbe in principio permessa; ma ciò solo fra le parti o loro rappresentanti, rimanendo sempre senza effetto a riguardo dei terzi. Se dunque nell'atto di vendita di una casa che voi vendete da canto al mio giardino, si è detto che la casa gode di un dritto di veduta su quello, total menzione non avrà alcun effetto contro di me nè potrà essermi opposta perchè non emana da me, ed io son del tutto estraneo all'atto in cui fu inserita. Senza fallo, questa parte dell'atto notarile, non meno che il resto, farà la medesima fede tanto per me che per il vostro venditore; per me, come per quello la dichiarazione del dritto di veduta è stata fatta realmente da lui; ma mentre la enunciazione obbliga il vostro venditore (per modo che la servitù si eserciterebbe se fosse possibile, cioè se fosse vostro il giardino su cui si è detto di goderla, e voi potreste domandare i danni ed interessi, od anche la risoluzione del contratto ove non potesse aver luogo) sarà invece del tutto inefficace verso di me che sono un terzo.

Una enunciazione qual che si sia, oggi non avrà dunque alcun effetto contro i terzi. Non era così prima. Secondo Pothier ci dice (cap. 2, art. 4 *in fine*) le antiche ordinanze in quanto proibivano la prova testimoniale pei casi in cui non vi sarebbe un principio di prova per iscritto, erano state tenute come contrarie al dritto comune; che quindi la giurisprudenza e gli scrittori avean cercato di restringerne per quanto fosse possibile l'applicazione; e perciò si vedeva un principio di prova per iscritto in qualunque clausola che rendesse verosimile il fatto allegato, quand' anche essa non emanasse nè da colui a cui si

oppone nè dal suo autore. Pothier, tuttochè combatta cotesta opinione, cita secondo Vrevin una decisione che aveva in quel modo deciso; ed anche oggi è stato giudicato dalle Corti di appello e dalla Corte Suprema, che pei casi anteriori al Codice Napoleone il principio di prova per iscritto per ciò che non era definito altra volta da alcuna legge, esiste tanto nell'atto emanato da un terzo, che in quello in cui il convenuto era parte (1). Adunque fino a che fu promulgato l'art. 1347 (1301) del Codice Napoleone, le enunciazioni di un atto dirette o indirette riguardo al dispositivo, generavano contro i terzi l'effetto che le indirette producono anche fra le parti, cioè autorizzavano contro i terzi la prova testimoniale per tutto ciò che si allegava, e che in principio avrebbe potuto provarsi solo per iscritto.

Ogni enunciazione essendo prima del Codice un principio di prova contro i terzi quanto al fondo stesso del dritto, *quoad jus effectum*, parve naturale, poichè un atto antico dev'essere meno sospetto e più efficace, il dire che le enunciazioni contenute in uno antico titolo dovessero avere il medesimo effetto della stessa disposizione contro un terzo: *in antiquis*, dice Dumoulin, *verba enunciativa plene probant: et in praepjudicium tertii... etiamsi essent incidenter et propter aliud prolata*.

V. — Oggi questa regola non vale più; e la contraria opinione di Toullier (VIII, 164, 166) e di Dalloz (sez. 1, art. 1, § 4, n. II) è un errore che si confuta col principio stesso su cui si fonda. Toullier infatti a cui ne rimanda Dalloz, prende le mosse da una idea esatissima di Dumoulin di cui ei medesimo dà la traduzione, e il testo: « L'antichità può supplire (delle volte) alla prova che già sino a un certo punto esiste, ma non crea una prova che non esiste affatto: *non potest antiquitas inducere in totam probationem quae nulla est, sed eam demum quae aliqua est adjuvare* ». Ed aggiunge che « per una

(1) Rig., d'una decisione di Nîmes, 8 maggio 1811; Rig., 17 novembre 1819; Poitiers, 24 di-

cembre 1828; Rig., d'una decisione di Metz, 1831 (Dev., 1831, I, 401 e II, 87).

conseguenza necessaria di tale effetto l'antichità dà la consistenza d'una prova alle semplici enunciazioni anche contro i terzi». E pure egli medesimo riconosce (IX, 66, 67) che le enunciazioni che erano un tempo principio di prova contra i terzi non hanno oggi alcun effetto, perocchè l'art. 1347 (1304) dichiara potere a ciò valere la scrittura « che emana da colui contro cui si fa la domanda, o da colui che egli rappresenta ».

Dalle due premesse si può inferire una più falsa conclusione? « L'antichità può mutare in pruova piena il principio di pruova, ma non potrebbe crear la pruova che non esiste; or le enunciazioni erano un tempo, ma non più oggi un principio di pruova contro i terzi; dunque la regola che le enunciazioni fan piena pruova contro i terzi quando sono antiche (*plene probant et praejudicant*) esiste oggi come prima! » Un cotale sillogismo non ha bisogno di confutazione; ben chiaramente si scorge che le premesse menano di forza alla contraria conclusione.

Del resto Toullier subito è costretto a riconoscere (n° 165) che la sua pretesa regola non può applicarsi più per li dritti reali, per le servitù per cui essa per lo più si applicava; ma dice che conserva il suo valore per quanto riguarda lo stato delle persone (n° 166). A confutare il suo sistema basterebbe cotesta distinzione di arbitrio.

Adunque le enunciazioni invecchiando non acquisteranno efficacia veruna contro i terzi, per questa, fra le altre cagioni, che ciò che è nullo e come non avvenuto *ab initio*, resta sempre tale. Ma bisogna andare in là, e sebbene rispetto alle parti le enunciazioni estranee al dispositivo sono anche oggi un principio di pruova per iscritto, pure esse per quanto antiche non varranno mai come una disposizione anche per le parti. Se il legislatore avesse voluto dare alle antiche un effetto diverso da quello dato alle nuove enunciazioni, avrebbe certamente detto, come fa per le copie nell'art. 1335 (1289), dopo qual tempo la enunciazione si terrebbe per antica, facen-

do così cessare i dispareri dei nostri antichi scrittori che volevano, questi trent'anni, quelli quaranta, alcuni cinquanta, altri settanta, ed altri infine cento (Toullier, n° 167); quando la legge ha dettato una regola assoluta per tutte le enunciazioni, non è più lecito distinguere.

Del resto Bonnier ha respinto come noi la erronea dottrina di Toullier (n° 394); Duranton dice soltanto, che le enunciazioni antiche non potrebbero più avere effetto quanto alle servitù (XIII, 98), come pure riconosce Toullier; ma non tratta se la regola in *antiquis* sussista anche in principio, secondo quest'ultimo mal pretende.

Il dotto professore di Rennes trattò insieme col precedente un altro punto di cui nemmeno parla Duranton, e intorno a cui egli è incorso anche in uno anzi in due errori notati da Bonnier. Un tempo dicevasi che negli atti antichi le formalità richieste si presumevano compiute fino alla pruova del contrario: *in antiquis omnia praesumuntur solemniter acta*. Questa antica massima che Polhier neppure ricordò, era una frase vuota di senso; perchè delle due cose l'una: o la nullità per difetto di forma esce dall'atto stesso (ad esempio, se non si è fatta una menzione richiesta a pena di nullità), e allora non può presumersi compiuta la formalità, essendo aperto che non lo sia; dippiù era inteso che la massima non era per questo caso; o non vi era alcun difetto di forma, e allora la massima diceva, che essendo l'atto antico deve presumersi regolare ed efficace fino a che non sarà provato irregolare; ma non è assolutamente lo stesso quando l'atto è nuoro? Se un atto è steso la settimana già corsa, ed io pretendo esser nullo per qualche vizio di forma che non si scorge, non debbo io giustificare ciò che allego? E dunque indipendente dall'antichità dell'atto la regola di dritto e di ragione, che la nullità non si presume, che colui che allega una violazione della legge deve provarla, e che l'atto deve tenersi come regolare fino a tanto che si provi di non esserlo.

Toullier (n° 463) prende sul serio questo preteso privilegio dell'antichità dell'atto; e purge come tuttavia esistente in principio, sotto il Codice di Napoleone, la ridicola massima posta in non cale da Pothier; ed aggiungendo un grave errore, dice tal principio non applicarsi dacchè l'azione di nullità si prescrive oggi in dieci

anni e prima che l'atto divenga antico, come se la prescrizione decennale si riferisca a questo caso! L'art. 1304 (1278) tratta della nullità o meglio dell'annullamento *delle contenzioni* per vizi del consenso (errore, violenza, dolo, incapacità) e non della nullità delle *scritture* e degli *istrumenti*.

1321 (1275).—Le controscritture non possono avere effetto se non fra le parti

contraenti, e non contra terze persone.*

SOMMARIO

I. *Significato della parola controscrittura nel nostro articolo.*

II. *La controscrittura non nuoce ai terzi. Terzo qui vale avente-causa delle parti a titolo particolare. La finzione comprovata dall'atto ostensibile la vince per essi sul vero di cui fa prova l'atto segreto.*

III. *Con più ragione dee vincerla sul vero, che*

sarebbe provato dalle circostanze di fatto e dalla corrispondenza delle parti. Censura di una recente decisione della Corte di cassazione.

IV. *Ma la controscrittura è efficace in vantaggio dei terzi.*

V. *Il nostro articolo toglie via l'articolo 40 della legge del 22 frimaio anno VII.*

I. — In generale dicesi *controscrittura* (scrittura fatta contro un'altra) qualunque atto che ne modifica un altro. In questo largo significato è usata la parola dagli articoli 1396, 1397 (1350, 1351). Ma qui la parola controscrittura ha un senso più stretto, e significa un atto che fatto a rimaner *segreto* modifica le disposizioni di un atto *ostensibile*, per forma che le parti si mettono in due condizioni, una vera, ma che sarà nota soltanto a loro, l'altra falsa ed apparente, ma che i terzi terranno per vera.

Per lo più l'atto ostensibile è un atto notarile, e la controscrittura un atto sotto firma privata. Per lo più anche le due scritture sono stese ad un tempo. Ma tali circostanze non influiscono; e quand' anche il secondo atto fosse notarile come il primo, fosse fatto più o men tempo dopo quello, o il primo atto fosse fatto sotto firma privata, l'altro sarebbe sempre una controscrittura governata dalla regola del nostro articolo, essendosi riconosciuto che

le parti l'hanno fatto nel fine di mettersi in una condizione segreta che dovesse mascherarsi dall'altra risultante dall'atto ostensibile.

Stante le due contrarie proposizioni, l'una vera ma ignorata, l'altra falsa ma nota, la legge doveva dichiarare, come fece, che gli effetti dell'atto ostensibile potranno sempre essere invocati dai terzi come se la controscrittura non esistesse, e senza che essa (che produrrà i suoi effetti fra le parti fino a che i terzi non vi saranno interessati) possa mai essere loro opposta.

II. — Qui la parola terzo ha un significato diverso che negli articoli 1165, 1319 e 1320 (1118, 1273 e 1274) ove si dice che gli atti non possono far prova (*praejudicare*) cioè avere il loro effetto contro i terzi. Lì sono quelli del tutto estranei all'atto e alle parti, che non sono per nulla gli aventi-causa di queste ultime. Qui in vece la regola è appunto per gli aventi-causa; *terzi* si chiamano gli aventi-causa, perocchè essi soli vogliono

*—La controscrittura interceduta tra il creditore ed il debitore non è efficace rispetto al cessionario del credito cui si è occultata. C. S. di Napoli, 21 aprile 1849.

— Le controscritture non valgono contro coloro che hanno rinunziato all'eredità dei contraenti. C. S. di Napoli, 30 giugno 1851.

essere protetti dallo effetto delle controscritture; essi soli patirebbero danno se quelle valessero come gli atti ordinari; pei terzi *penitus estranei* non poteva farsi una regola speciale che dichiara inefficaci le controscritture; poichè tali indistintamente sono per essi tutti questi atti.

Si tratta dunque degli aventi-causa. Così quando, comprata la casa di Paolo, riconosco con un atto segreto fra me e lui, che la vendita fosse puramente fittizia, questa dichiarazione non potrà avere alcuno effetto contro i miei aventi-causa; e se mostrandomi sleale verso Paolo io vendessi, ipotecassi, imponessi servitù, o soltanto donassi o legassi la casa apparentemente mia, colui che avrebbe così acquistato da me o a titolo oneroso o a titolo gratuito la proprietà, uno smembramento di essa, o una ipoteca, non ostante la controscrittura che per lui è come non avvenuta, conserverebbe il dritto acquistato come se sul serio io avessi acquistato la cosa. Né solo i terzi acquirenti, quelli che hanno ottenuto da me un diritto reale sulla casa che io apparentemente acquistava, possono non far valere la controscrittura, ma anche i miei semplici creditori chirografari: in una parola tutti i terzi, cioè tutti i miei aventi-causa, i quali sarebbero ingannati, non meno degli acquirenti. Essi son divenuti miei creditori o rimasti tali, mi han prestato il loro danaro, o non hanno fatto istanze onde glielo restituissi, perchè han contato sopra i beni che apparentemente erano miei: la vendita fittizia essendo parsa seria agli uni come agli altri, e la controscrittura rimasta occulta per questi e per quelli, la legge senza distinguere doveva pareggiarli tutti, come ha fatto.

Ma d'altra parte, non si possono comprendere fra terzi gli aventi-causa a titolo universale, i successori generali della persona, quelli che sono tenuti a tutti i suoi debiti, a tutte le sue obbligazioni, sia oltre il valore dei beni, cioè gli eredi, sia

fino alla concorrenza di essi, cioè i successori irregolari, e i legatari o donatari universali o a titolo universale. Tutti costei aventi-causa a titolo universale, anzichè avvantaggiarsi dell'atto ostensibile senza far conto della controscrittura, sarebbero invece, succedendo alle obbligazioni del loro autore, tenuti com'egli medesimo ai danni-interessi in vantaggio dell'altra parte per essersi violata la controscrittura. — Ben si comprende che un mandante dovrebbe anche rispettare la controscrittura che per lui avrebbe sottoscritto il mandatario, nè potrebbe (tranne vi sia frode) pretendersi *terzo*, essendochè il mandatario è lo strumento, il braccio del mandante, e per mezzo di lui quegli è stato parte nella controscrittura, come nell'atto ostensibile.

Non si capisce che un tribunale (Bordeaux, 21 giugno 1825) in una specie in cui non si era dedotta alcuna frode contro i mandatari che avevano avuto facoltà di transigere col debitore del mandante, abbia potuto condannare i mandatari a pagare al mandante la somma di 60,000 fr. che in un atto ostensibile si diceva ricevuta, quando in una controscrittura si stabiliva che l'accordo era stato fatto per 40 mila franchi. — Ma la Corte di Bordeaux riformò questa incredibile decisione con dire, che il mandante il quale non aveva dedotto alcun fatto di dolo o di frode, non poteva prevalersi dell'atto ostensibile rigettando la controscrittura; che egli non era terzo in quella, ma parte per mezzo dei suoi mandatari i quali la avevano sottoscritto nello interesse e nel conto proprio di lui (25 luglio 1826).

Così, riepilogando, i terzi sono qui nè più nè meno gli aventi-causa a titolo particolare, come è riconosciuto dalla giurisprudenza (1).

Toullier (VIII, 182) e Duranton (XIII, 400) non annunziano intorno a ciò la loro sentenza. Pure quest'ultimo par che si accosti alla nostra dottrina, perchè avendo

(1) Cassaz., d'una decisione di Grenoble, 23 febbraio 1835; Parigi, 29 aprile 1837; Lione, 21

giugno 1837 (Dev., 1835, I, 361; 1837, II, 245 e 444).

detto che le controscritture hanno effetto soltanto fra le parti contraenti, aggiunge che « fra le parti contraenti si comprendono gli eredi di esse » escludendo con ciò implicitamente tutti gli altri aventi-causa che rientrano fra terzi. Troppo stretta è la espressione di erede, ma probabilmente il dotto professore intende tutti i successori generali: eredi, successori irregolari, legatari, e donatari a titolo universale. Bonnier (n° 319, 400) che esclude anche dalla classe dei terzi gli eredi e il mandante, correggendo tale incertezza nel corso della sua spiegazione dice, che fra i terzi si comprendono tutti gli aventi-causa a titolo particolare.

III. — Poichè nel concorso di due atti, ostensibile l'uno e accertante una falsa apparenza, segreto l'altro e accertante il vero, la finzione la vince sulla realtà rispetto ai terzi tratti in errore; sarà il medesimo a fortiori quando la realtà mascherata da un atto ostensibile risulterà non da un atto espresso e formale che si è tenuto segreto, ma dalla semplice corrispondenza delle parti. Non ci teniamo quindi dal notare come profondamente contraria alla regola del nostro articolo una decisione di rigetto degli 11 maggio 1846.

Con questa la camera dei ricorsi conservò non ostante la nostra difesa, una decisione di Rennes che aveva negato ad alcuni creditori di dichiararsi fallita la loro delittrice ch'era mercantessa pubblica con atti ostensibili autentici ed eseguiti pubblicamente da molti anni; e la ragione era che certi fatti e specialmente la corrispondenza confidenziale della moglie col marito mostrava, che realmente il commercio era del marito non della moglie, la quale prestava a quello il nome (vedi *Gazzetta dei Tribunali* del 12 maggio 1846).

La Corte di Rennes riconosceva la moglie avere fatto il traffico in forza di una autorizzazione autentica del marito: le lettere patenti in nome di lei, e gli atti commerciali fatti da lei, e lei aver patito procedimenti e condanne commerciali, e il marito aver fatto alcuni atti in forza di una procura autentica della moglie; e la

Corte poi dichiarava che tutto ciò era stata una finzione, una menzogna come si rilevava dalle lettere del marito; e quindi inferiva che la moglie non essendo stata realmente pubblica mercantessa, non poteva farsi dichiarare fallita dai suoi creditori. Ciò importava far prevalere in riguardo dei terzi una realtà tenuta occulta e che risultava soltanto da lettere segrete, contro un'apparenza ingannatrice autenticamente pubblicata. Or conforme al nostro articolo la realtà riguardo ai terzi, è senza effetto prevalendo le semplici apparenze, quando anche l'una è accertata, e le altre smentite da un atto espresso e regolare, da che questo è stato occultato e nascosto sotto l'altro ostensibile.

La prova che risulta da un'intima corrispondenza delle parti, non può avere maggior forza di quella che derivi da un atto formale. Se la cosa fosse diversamente, sarebbe ben facile la frode; basterebbe alle parti che volessero un giorno far prevalere riguardo ai terzi il vero da essi occultato simulando un atto ostensibile, il fare in vece di una controscrittura delle missive che spieghino i loro veri rapporti. Con tal mezzo venduta fittiziamente la mia casa a Pietro, i terzi daranno con ipoteca il loro denaro all'apparente proprietario; di poi io farò scomparire questa ipoteca provando con la nostra corrispondenza e con tutti gli altri mezzi che non siano una controscrittura, che la vendita era una finzione e che io son rimasto proprietario. Certamente dalla decisione degli 11 maggio 1846 si tenne una via falsa, e da noi la vera che sostenemmo si dovesse cassare la decisione di Rennes.

IV. — Del resto, non dovrebbe credersi che riguardo ai terzi i quali sono qui aventi-causa delle parti, la controscrittura sia come non avvenuta. Essa è inefficace rispetto a loro quando dovrebbe loro nuocere, perchè se dovesse giovare, essi potrebbero allegarla. Così, se un atto dichiara che Pietro abbia venduto la sua casa a Paolo per 100,000 fr. ed una controscrittura pruova il prezzo reale essere stato 125,000, non solo Pietro o i suoi succes-

sori a titolo universale, ma anche i suoi creditori che sperimentano i suoi dritti per essere soddisfatti dei loro crediti, potranno pretendere da Paolo la somma di 125,000 franchi; aventi-causa di Pietro hanno i medesimi dritti di lui, ed una controscrittura se pregiudizievole al loro debitore, non può a loro nuocere, se a quello profittevole, giova ugualmente a loro.

Sarebbe altrimenti se i creditori di Pietro pretendessero far valere la controscrittura non contro Paolo e i suoi successori a titolo universale, ma contro i creditori o terzi acquirenti di colui. Così divenuti decotti Pietro e Paolo, e sorta controversia fra i creditori dell'uno e dell'altro, quelli di Pietro potranno pretendere 100,000 fr. e non 125,000, poichè in questa condizione i successori anche a titolo universale di Pietro, e questi medesimo potrebbero soltanto dimandare 100,000 franchi. Ciò deriverebbe allora non dall'essere la controscrittura *in vantaggio* dei creditori di Pietro (essa produce il medesimo effetto in prò dei creditori e delle parti stesse) ma dall'essere inefficaci *contro* i creditori di Paolo.

V.—Abbiamo supposto che una controscrittura che cresca il prezzo di vendita indicato nell'atto ostensibile, generi il medesimo effetto di qualunque altra. È così giusta il nostro articolo il quale pareggia indistintamente tutte le controscritture; ma era diversamente quando si promulgava il Codice conforme alla legge del 22 frimaio anno VII.

L'art. 40 di questa legge soggiungendo nel secondo paragrafo ad una ammenda triplice della somma che per dritto di registro si sarebbe dovuta, quando in una controscrittura aumentavasi il prezzo di vendita, pronunziava inoltre nel suo secondo paragrafo l'intera ed assoluta nullità di una simile controscrittura. Ma che che ne dica Merlin (*Quistione*, alla parola Controscrittura, § III) tale disposizione esorbitante ed iniqua è stata abrogata dal nostro articolo.

La discussione al Consiglio di Stato non lascia alcun dubbio intorno a ciò.

Il direttore generale del registro, Duchâtel, ben opinando che la quistione di validità o di nullità di un atto è di dritto civile e non delle leggi fiscali, che regolarmente devono procedere colle ammende, e di conseguenza la regola generale che dovea mettersi nel Codice, reagirebbe sulla disposizione dell'art. 40 della legge di frimaio, si fece a domandare che le controscritture *sempre fatte in frode del tesoro pubblico* fossero *assolutamente proscritte*. Ma la sua proposizione fu rigettata da tutto il consiglio. Bigot-Preameneu, Berlier, Cambacères, Tronchet e Defermon risposero doversi soltanto annullare le controscritture quando sono fraudolenti; che in molti contratti sarebbe cosa ingiusta rigettar le modificazioni contenute nella controscrittura; *che con le ammende e non già con la pena di nullità deve punirsi la frode contro il tesoro pubblico*; che in alcun caso il legislatore non può far prevalere la sua alla volontà delle parti, con l'aumentare o col diminuire le obbligazioni che elle si sono imposte; *che la disposizione che di presente esiste contro l'uso delle controscritture, non sembra giusta; che questi atti devono avere il loro effetto fra le parti ed esser nulli soltanto contro i terzi*; che l'interesse del fisco sarà meglio assicurato col mezzo dell'ammenda *inflitta alle parti per non averli fatti registrare* (Fenet, XIII, let. pagina 112 e 113).

La sezione di legislazione non fece alcun conto della proposizione di Duchâtel che a lei fu rimessa, e mantenne intera ed assoluta la regola della validità delle controscritture tra le parti.

I compilatori intorno a ciò manifestarono chiaramente il loro intento; l'abrogazione della prima parte dell'art. 40 della legge di frimaio sarebbe certa quando pure la legge del 30 ventoso anno XII non avesse dichiarato abrogate tutte le leggi anteriori riferentisi alle materie che formano l'oggetto del Codice Napoleonico; e la frode ai dritti del fisco in questi tempi è punita con l'ammenda del triplo, pronunziata nella seconda parte dello stesso articolo, e che

in vero è bastante (4).

N. B. Si comprende dal sin qui detto che nulla evvi di comune tra le *controscritture* e le riserve che alcuna volta si fanno in un atto in vantaggio di un terzo nella stessa guisa che le dichiarazioni avute per incarico di acquistare. La dichiarazione avuta per incarico di acquistare è quella per cui un compratore fa palese

ch'ei compra per una persona che sarà poi nominata, e che lo ha incaricato (*commandé*) o per cui egli stesso s'incarica di acquistare la cosa. Non vi ha alcuna modificazione segreta d'un atto ostensibile: nè si comprende molto bene perchè Toullier nella materia delle controscritture (nn. 169-181) dia lunghe spiegazioni sulla dichiarazione avuta per incarico di acquistare.

§ 2. — Dell'atto sotto firma privata, e delle scritture private senza firma.

Il Codice a questo secondo paragrafo appone la rubrica: « *Dell'atto sotto firma privata* »; ma la è troppo stretta. Gli atti con firma privata, stesi cioè colla firma delle persone private (in opposizione agli atti autentici, che si rilasciano sotto la firma di una persona pubblica, e sono così atti con firma pubblica) non sono i soli di cui trattasi in tal paragrafo; perchè, dopo aver parlato negli art. 1221, 1322, 1328 (1174, 1276, 1282) delle

scritture colla firma privata delle parti, parla negli art. 1329, 1332 (1283, 1286). delle scritture che senza alcuna firma producono un qualche effetto. Era di mestieri porre a questo paragrafo il titolo di *scritture private*, in opposizione al precedente che tratta delle scritture pubbliche.

Trattiamo via via, e giusta l'ordine degli articoli: 1° degli atti sotto firma privata, 2° delle scritture prive di firma.

1. Degli atti con firma privata.

1322 (1276). — La scrittura privata riconosciuta da quello contra cui si produce, o legalmente considerata come riconosciuta,

ha la stessa fede dell'atto autentico fra quelli che l'hanno sottoscritta, e fra loro eredi e quei che hanno causa da loro.*

I. — L'atto con firma privata, che in pratica spesso suol nomarsi atto *con firma* (il che è un poco inesatto, essendo l'atto notarile eziandio con firma) produce la stessa fede dell'atto autentico, val dire lo stesso effetto, *eadem modo praejudicat* (art. 1319 (1273), n. II), allorchè è rico-

nosciuto, o stimato tale da colui a cui si oppone.

Diciamo che, con tal condizione, a cui si rapportano i due articoli seguenti, produce lo stesso effetto, *idem praejudicium*, dell'atto autentico, vale a dire che egli crea dritti ed obbligazioni tra le parti,

(1) Toullier (VIII-186); Favard (*Rep.*, alla parola *Controscrittura*); Duranton (XIII-103); Dalloz (§ 5, n° 3); Bounier (n° 403); Rig., 10 gennaio 1819; Dijon, 9 luglio 1828; Aix, 21 febbraio 1832 (Dev., 32, 2, 263).

* Massime della C. S. di Napoli.

Non può dichiararsi nulla una scrittura privata sul motivo che chi l'ha sottoscritta non sapia scrivere, ma l'ha segnata guidato da un altro a lettera, salvo se si provi il dolo. 30 marzo 1824.

— Se con lo stesso atto un foglio privato s'impugna e come invalido e come non riconosciuto, non può ritenersi come non riconosciuto sol perchè s'impugnò prima come invalido, e subordinatamente come non vero. 11 giugno 1841.

— L'aver taluno riconosciuto la sua firma in un foglio sinallagmatico, non gli vieta di sostenere con valido documento, che la parte esibitrice di questo foglio, alla quale era stato rimesso per compiere la convenzione, lo ha ritenuto per deliberare, e non ha più manifestato in tempo utile il suo consenso. 20 giugno 1845.

— I documenti privati non possono servir di appoggio alla pronunziatione del magistrato di merito, se pria non vengano direttamente intimati alla parte, e questa li riconosca espressamente o tacitamente col silenzio. 2 dicembre 1847.

— Prodotta in giudizio una scrittura privata, se questa non sia riconosciuta, nè se ne domandi la verificazione, la scrittura rimane di niuno effetto. 18 febbraio 1831.

loro eredi, o aventi-causa nella stessa guisa di un atto pubblico; così il nostro articolo dopo aver dichiarato formalmente che l'effetto dell'atto privato è lo stesso di quello autentico (il che basterebbe per fare intendere che si applica alle stesse persone), aggiunge negli identici termini dell'articolo 1319 (1273) che tale effetto ha luogo tra le parti, loro eredi e aventi-causa.

A torto quindi Duranton (XIII, 133, 136) e Ducaurroy (tomo III, p. 46) affin di notare un errore di Toullier, di cui terremo discorso sotto l'art. 1328 (1282), hanno insegnato, che per *aventi-causa* intendonsi gli eredi imperfetti, e i legatari, o donatari universali, o a titolo universale, ma non i compratori, i permutanti, i donatari o legatari particolari, ec.

Il nostro come l'articolo 1319 (1273), comprende gli aventi-causa a titolo particolare, e quelli a titolo universale. — Per altra ragione, come vedremo all'arti-

colo 1328 (1282), doveva confutarsi Toullier, e risolvere la difficoltà che sorge dalla combinazione dell'art. 1328 (1282) col nostro.

II. — L'atto privato legalmente riconosciuto, produce lo stesso effetto dell'atto autentico (*idem praejudicium quoad jus et effectum* fra le parti, loro eredi od aventi-causa, ed ha la medesima fede (*quoad probationem seu veritatem*) rispetto ai terzi, tranne per la data, per cui l'articolo 1328 (1282) stabilisce una regola speciale.

Del resto, l'atto privato, che legalmente riconosciuto ha la medesima fede (menochè per la data) produce lo stesso effetto dell'atto autentico, non può avere maggior forza di questo, e può essere impugnato com'esso colla iscrizione in falso (articolo 214 (309) Cod. di pr.) Duranton (XIII, 123 e seg.).

1323 (1277).—Quegli contra cui si oppone una scrittura privata, è tenuto di riconoscere o negare formalmente il proprio carattere o la propria sottoscrizione.

I suoi eredi, o que'che hanno causa da lui possono semplicemente dichiarare che non conoscono il carattere o la sottoscrizione del loro autore.*

1324 (1278).—Quando la parte neghi il proprio carattere o la propria sottoscrizione, e quando i suoi eredi, o quei che hanno causa da lui, dichiarino di non conoscerla, se ne ordina la verificaazione giudiziale.

I.—L'atto sotto firma privata ha vaglia se si riconosce emanare da colui a cui si attribuisce.

Colui a cui si oppone l'atto, se si pretende esserne autore, ne può sospendere lo effetto, col dichiarare apertamente non sua la firma o la scrittura; essendo soltanto un erede o altro avente-causa, può dir solo di non sapere se il carattere o la firma sia del solo autore. La legge ammette che i miei successori ignorino se il tale

atto emani o no da me; ma non ch'io possa ignorarlo.—Si parla della firma, o del carattere, sebbene par che i nostri articoli si riferiscano agli atti privati fatti sotto firma. Infatti, delle volte sebbene si riconosca la firma dell'atto sotto firma, se ne potrebbe pur sospendere l'effetto disconoscendo il carattere (se è il medesimo che ha sottoscritto) o dichiarando di non conoscerlo (se è solo il suo successore). I quali casi sono quelli dello art. 1325

* D. 4 ottobre 1831. — 1. Coloro che vorranno produrre querela di falso in principale contra scritture private, dovranno preventivamente garentire il pagamento dello ammontare del debito, del pari che delle spese e dei danni ed interessi nei quali potessero esser condannati. — 2. Alla querela di falso principale contra scritture private dovrà essere unito il documento legale della seguita assi-

curazione. Non sarà altrimenti ricevuta la queyela anzidetta. — 3. La disposizione per l'assicurazione del debitore appartiene al magistrato civile, e sarà nel suo prudente arbitrio stabilire, che sia la medesima effettuata per via di cauzione, di deposito della somma contesa, di pegno corrispondente, o di altro mezzo efficace e riconosciuto dalla legge.

(1280) secondo cui l'atto, ond'esserne valida la scrittura, deve tutto intero scriversi di mano di colui che firma, e per lo meno contenere scritto di sua mano un *buono ed apporato* che indica in lettere per esteso la somma o la quantità.

Del resto, ciò che dicesi dai nostri articoli per gli atti di firma privata, deve anche, almeno per analogia, applicarsi, quanto alla scrittura, a quelle scritture che non han bisogno di firma.

II. — Non è punto necessario che chi vuole giovare d'un atto privato, citi prima il suo avversario per riconoscerne la scrittura, e nemmeno che egli nella citazione concluda insieme e per la ricognizione o per la verifica nel caso che si disconosca, e poi per la esecuzione. — Ciò era una volta indispensabile in materia civile; e ciò fu anche richiesto da un editto del 1654, che poi fu dichiarato inapplicabile agli affari di commercio ai 15 maggio 1703 (1); ma non essendo imposta oggi alcuna simigliante regola nè dal Codice Napoleone, nè dal Codice di procedura, l'attore, che, ove lo stimi, può senza dubbio chiamare il convenuto prima per la ricognizione o la verifica, può anche citarlo diretta-

mente per la esecuzione dell'atto, salvo al convenuto di rispondere che egli non lo conosce. Durantou, che avea prima insegnato il contrario nel suo *Trattato dei Contratti* (IV, 1232) si è ricreduto nel suo *Corso di dritto* (XIII, 414) e in un articolo pubblicato nel *Repertorio* di Favard alla parola *Atto privato*.

Il convenuto che citato *de plano* per la esecuzione dell'atto, risponde difendendosi nel merito, riconosce perciò l'atto. Quando fattasi una domanda in merito, ovvero per la ricognizione, egli nega il carattere o la firma (o dichiara di non conoscerli se è un erede o altro avente-*causa*), allora deve farsi la verifica secondo le regole delle leggi di procedura (Cod. proc. articolo 193-213 (181-307) legge del 3 settembre 1807. — Se fatta la verifica il tribunale dichiara la scrittura o la firma essere di colui a cui si riferiscono, l'atto è riconosciuto, non dal convenuto, ma dal magistrato. Questo e l'altro caso in cui il convenuto si difende in merito senza dir di non riconoscere, sono quelli a cui accenna l'articolo 1322 (1216) parlando dell'atto che legalmente si ha per riconosciuto (2).

1325 (1219 M). — Le scritture private le quali contengono convenzioni sinallagmatiche non sono valide quando non sieno state fatte in tanti originali, quante sono le parti che vi hanno un interesse distinto.

Basta un solo originale per tutte le persone che hanno uno stesso interesse.

In ciascun originale deve farsi menzio-

ne del numero degli originali che si sono fatti.

Ciò non ostante la mancanza della menzione che gli originali siano stati fatti in duplo, in triplo, ec., non può essere opposta da colui che abbia eseguita per parte sua la convenzione contenuta nell'atto.*

(1) Vedi nel Codice Tripier sotto l'articolo 193 (287) del Codice di procedura.

(2) Del resto è chiaro che negandosi la scrittura il giudice non è obbligato di ordinare una verifica potendo averla per riconosciuta quando l'atto gli si profferisca e provi sincero. — Vedi Parigi, 31 luglio 1852 (J. P., 1853, I, II, p. 289).

* Il corrispondente art. 1219 è così espresso:

« Le scritture private le quali contengono convenzioni sinallagmatiche, debbono esser fatte in tanti originali, quante sono le parti che vi hanno un interesse distinto.

« Basta un solo originale per tutte le persone che vi abbiano un interesse medesimo;

« In ciascuno originale dee farsi menzione del numero degli originali che si son fatti.

« Ciò non ostante la mancanza di tal menzione non può essere opposta da colui che abbia eseguito per parte sua la convenzione contenuta nell'atto.

« Se la scrittura sinallagmatica abbia le sottoscrizioni delle parti, ma manchi alcuno degli originali, o la menzione del numero di quelli che si sono fatti, potrà valere semplicemente come principio di prova per iscritto.

— È valida una scrittura sinallagmatica quando in ciascuno degli originali sia la firma delle altre parti, ancorché vi manchi quella di colui al quale vien rilasciato. C. S. di Napoli, 16 settembre 1820.

— Una scrittura privata di compra vendita contenente dichiarazione di avere il venditore ricevuto il prezzo della cosa venduta, è valida ancorché

SOMMARIO

I. Falsa ed immorale regola introdotta dal parlamento di Parigi. Il nostro articolo non la riproduce. Applica alla prova ciò che si diceva della stessa convenzione. Grave errore della decisione di Parigi.

II. Basta che la convenzione di cui l'atto non fa menzione delle copie in doppio, o di cui non si sono fatte tali copie, sia provata altrimenti o volontariamente eseguita. L'atto non in doppio è principio di prova per iscritto. Rimando.

III. Significato delle parole « che ha eseguito per parte sua »; e « che vi abbiano il medesimo interesse ».

IV. Si devono fare le copie in doppio nei soli contratti sinallagmatici; non già in una promessa unilaterale di vendere o di comprare (errore madornale di Merlin e delle Corti di Angers e di Lione); e nemmeno quando una delle obbligazioni reciproche si compie nel punto che si fa.

I.—Nel 1736 violandosi stranamente i più elementari principj del dritto, si stabilì nella nostra antica giurisprudenza la regola, che dal nostro articolo non fu rigettata come si doveva, ma riprodotta almeno con qualche importante modificazione.

Il parlamento di Parigi con varie decisioni, la prima delle quali è dei 30 agosto 1736, confondendo la validità di una convenzione, con la validità di una scrittura che ne deve far la prova, decise

fatta in un solo originale. C. S. di Napoli, 11 marzo 1832.

A proposito delle scritture sinallagmatiche una questione, nuova per gli scrittori francesi, è stata esaminata nei nostri tribunali; cioè se basti la sottoscrizione apposta nelle scritture private, ovvero, sia necessario essendo più i fogli distinti fra loro in cui racchiudesi la convenzione, che ciascun foglio sia firmato da ciascuna parte.

— Che le scritture private, considerò fra l'altro la C. S. di Napoli, non possono far fede, se non quando sieno sottoscritte dalle parti, sottoscrizione che esprime il consenso del contraenti, ed importa perciò senza dubbio una formalità essenziale. « Che la certezza del consenso delle parti non potrebbe conseguirsi nelle scritture private, qualora non si sottoscrivessero in tutti i fogli; imperciocchè nel caso in cui o l'uno o l'altro togliesse o cambiasse uno dei fogli non sottoscritti, mancherebbe ogni mezzo per conoscersi se il foglio tolto o surrogato fosse quello nel quale le parti hanno consentito.

« Che ad evitare questo grave inconveniente, la legge sul notariato prescrive, che l'atto autentico debba essere sottoscritto dalle parti in ogni pagina, e che una tale omissione produca la nullità dell'atto. Or se sono necessarie le sottoscrizioni delle parti in tutte le pagine degli atti circondati da solennità assai maggiori di quelle che s'incontrano nelle scritture sinallagmatiche private, è logico e legale nella specie l'argomento a *maiori ad minus*.

« Che avendo la legge stabilito il principio che la

MARCADÉ, *vol. III, p. I.*

essere affatto nulla qualunque convenzione che ingeneri vicendevoli obbligazioni, se non è comprovata da una scrittura fatta in tanti originali quante sono le parti che abbiano interesse opposto, in ciascuno dei quali si faccia la menzione del numero degli originali. Così, quando pure ciascuna delle due parti che abbiano formato un contratto sinallagmatico, avesse formalmente dichiarato vera la convenzione, ed una di esse l'avesse già volontariamente eseguita,

scrittura privata debba essere fornita della sottoscrizione delle parti, è di conseguenza che ogni foglio di tale scrittura debba contenere la sottoscrizione, e per le ragioni già dette sarebbe assai pericoloso lo stabilire, che in un atto si potessero inserire dei fogli, nei quali si contenessero convenzioni non consentite. « Che dalla sanzione di doversi tali scritture formare in tanti originali per quante sono le parti, non si può escludere la sottoscrizione in ogni pagina delle scritture medesime. La formazione di tanti originali per quante sono le parti, non ha altro oggetto che di somministrare a ciascuno il titolo in virtù del quale possa astringere l'altro all'adempimento della obbligazione, ma non conviene certa la convenzione se non quando l'atto è sottoscritto in tutti i fogli, sottoscrizione che fa evitare l'arbitrio di taluno di cangiare a suo talento uno o più fogli della convenzione, senza potersi conoscere quale degli originali fosse il vero. Le sottoscrizioni adunque delle parti in ciascuna pagina essendo il solo elemento, che assicura la verità dell'intera scrittura, l'omissione di esse la rende nulla ».

In grado di rinvio, la 1ª camera della gran Corte civile di Napoli ampliando il ragionamento della Corte suprema e afforzandolo con altre considerazioni, seguì lo stesso avviso; e quindi con decisione dei 25 marzo 1830 dichiarò nullo il triplo originale come scrittura privata (causa *del Giudice e del Giudice*) V. pure la decisione uniforme del 7 marzo 1847 (causa *Capitalbi e Pignataro*).

se la scrittura non si fosse redatta in doppio o se non si fosse fatta menzione in ciascuno degli originali delle due copie eseguite, la convenzione dichiaravasi nulla, e avrebbe così trionfato l'impudente mala fede di colui che per quel protesto voleva attenere la sua promessa. Il nostro Codice non riproduce questa regola tanto assurda, quanto immorale. Egli dichiara inefficace, ove manchi alcuno degli originali, o la menzione del numero di essi, non già il contratto, ma solo la scrittura che dovea farne pruova. « *Le scritture private* le quali contengono convenzioni sinallagmatiche, non sono valide quando... ». E applicando al caso in cui mancasse la menzione degli originali, uno di quelli presentatisi al Parlamento di Parigi, la regola di nullità della pruova (salvo la validità della convenzione, se sia altramente giustificata) dichiara nel suo ultimo paragrafo, che se una delle parti l'avesse eseguita, sarebbe di niun momento il vizio di forma e non potrebbe opporsi.

Posto ciò, non fa poca meraviglia che la Corte di Parigi (27 nov. 1811) abbia potuto dichiarare che dall'art. 1325 (1279 M) *si sono consecrati gli antichi principi!*

Il nostro articolo dice con ragione nel suo *Repertorio* Merlin, è molto lontano da così strano errore, e mentre la più moderna giurisprudenza del Parlamento di Parigi, mettendo in non cale le nozioni più elementari del dritto, annullava per fino una convenzione sinallagmatica, perchè la pruova non risultava da un atto fatto in più originali, l'art. 1325 (1279 M) dichiara soltanto, che un similgiante atto non è valido per accertare la convenzione, che d'altronde può provarsi in qualunque altro modo (alla parola *Doppia scrittura*, n° 8).

II. — Il difetto della menzione dei vari originali o di essersi essi fatti, è dunque oggi una questione di pruova, oltre la quale la convenzione sarà sempre valida se è in altra maniera provata.

Così quando la parte contro cui si domanda la esecuzione si nega, perchè non

si è fatta menzione dei vari originali, o perchè essi non si sono fatti, o perchè non si è fatta alcuna scrittura, la convenzione che altronde si riconosce essersi formata, perchè stabilita dalla confessione stessa della parte, produrrà pienamente lo effetto che altra volta non aveva.

Che se la parte nega la convenzione stessa, e pretende che il contratto per formarsi si fosse dovuto fare in un atto pienamente regolare, per modo che essendo irregolare non ha potuto far nascere le obbligazioni, la parte avversa potrà deferire il giuramento (art. 1358 (1312) e seg.); ella che prima aveva negato, non volendo farsi spergiura, confessa alla fine di essersi la convenzione formata prima di farsi la scrittura, e indipendentemente da essa, il contratto essendo anche per ciò provato, sarà pienamente efficace. Parimente ancora se la convenzione, come è preveduto dall'ultimo paragrafo dell'articolo, vien provata dalla medesima esecuzione, saranno di nessun momento non solo la mancanza della menzione dei vari originali, ma anche la mancanza degli originali stessi; se ciò potesse parer dubbio in faccia al solo testo del nostro articolo, non lo sarebbe più in faccia all'art. 1338 (1292) secondo cui la volontaria esecuzione importa la rinunzia a tutti i mezzi ed eccezioni che potevano opporsi contro l'atto (1).

Non potrebbe nemmeno sorgere il dubbio, e dovrebbe certamente rendersi efficace la convenzione, se come avvenne in uno dei casi giudicati dal Parlamento di Parigi, mancasse la menzione dei vari originali, ma questi si esibissero. La regola del nostro articolo non offre altro che una questione di pruova; la menzione dei vari originali si vuole per provare ed assicurare meglio l'esistenza di essi; or quando essi effettivamente si esibiscono, è la più bella pruova che si possa dare che esistano, anzi migliore della stessa menzione (Conf. Grenoble, 8 ap. 1829).

Vedremo sotto l'art. 1347 (1301) che

(1) Toullier (VIII-135); Delvincourt (I. II); Solon (n° 89); Duranton (VIII-161); Dalloz (art. 2, §

2, n° 3); Bonnier (n° 562); Rig., 13 febr. 1812; Cass., 15 febbrajo 1814).

difformemente dalla dottrina di Duranton, Bonnier, ed altri, l'atto che non fa menzione di essersi fatti i vari originali, potrebbe anche tenersi come principio di pruova per iscritto della convenzione, faccullando l'attore a provare per testimoni, che la convenzione si è realmente formata, e permettendo ai giudici di decidersi colle semplici presunzioni (art. 1355 (1309) o mercè il giuramento suppletorio (art. 1367 (1321)).

III. — Il nostro articolo prevedendo il caso della esecuzione volontaria, parla di quelli che uno abbia fatto per sua parte; infatti può avvenire che una convenzione sebbene sinallagmatica può essere eseguita da una delle parti senza che l'altra vi concorra. Così avendovi venduto la mia casa per 40,000 franchi dei quali dovevate pagare a me 35,000 franchi, e 5,000 ad un terzo a mio nome; l'aver voi pagato a quest'ultimo i 5,000 franchi è *per parte* vostra una esecuzione, io non entro affatto, mentre se fosse un pagamento di una porzione di prezzo ricevuto da me, la esecuzione sarebbe per parte tanto di me che vostra. — Avendo uno solo eseguito per parte sua, senza il concorso dell'altro, colui solo che ha eseguito non può più opporre la mancanza dei vari originali.

Facciamo un'altra osservazione per le parole che hanno il medesimo interesse.

Secondo l'articolo basta un solo originale per le parti che hanno il medesimo interesse, e deve farsene uno separato per ciascuna delle parti che abbiano uno interesse distinto. Ciò non si intende solo di coloro che avessero lo identico e medesimo interesse (come una moglie che stipula, concorrendo il marito per autorizzarla), ma di tutti coloro che hanno ognuno un uguale interesse, e che tutti insieme figurano come un solo rispetto all'altro contraente. Così se tre comproprietari si concertano con un appaltatore per aver ristorata una casa comune, bastano due origi-

nali, uno per lo appaltatore, e l'altro per comproprietari; sebbene questi al postutto abbiano interessi distinti, pure rispetto a quello sono come un solo proprietario della casa. Se invece i tre comproprietari dovessero dividere una cosa comune, ciascuno dei dividendi sarebbe contrario dagli altri, e l'atto dovrebbe farsi in tre originali (1). — Del resto, se più persone abbiano interessi, che formano un solo rispetto alla parte avversa, l'originale che questa riceve in cambio di quello che dà ai vari cointeressati, deve firmarsi da tutti questi. Altrimenti le scritture proverebbero il progetto di una convenzione che non sarebbe conclusa, siccome abbiamo spiegato al n° III dell'art. 1318 (1272) confutando un grave errore di Toullier e Duranton.

La regola da noi spiegata si sarebbe meglio espressa, dicendo che si debbono fare tanti originali quante sono le parti che hanno nella contenzione opposti interessi.

IV. — Vediamo ora a quali contratti si applica la regola della necessità dei vari originali.

Il nostro articolo volendo solo che si facciano per le convenzioni sinallagmatiche, non si può pretenderli in alcuno dei contratti unilaterali, tanto in quelli che possono nascere *ex post facto* da obbligazioni reciproche contro la parte che prima non era obbligata, che negli altri. Questi contratti (il deposito, il comodato, ec.) diconsi spesso *sinallagmatici imperfetti*; ma al postutto sono una delle specie del contratto unilaterale; possono per accidente presentare vicendevoli obbligazioni, non sono sinallagmatiche che nel formarsi, nè l'atto fatto per provarli contiene convenzioni sinallagmatiche, onde si è sempre convenuto e si conviene di non applicare ad essi la regola dei vari originali (2).

La regola non si applicherebbe nemme-

(1) Vedi ricorso; 23 ottobre 1853 (J. P., 1853, t. I, p. 528).

(2) Toullier (VIII-326); Delvincourt (t. II); Duranton (XIII-150); Dalloz (n° 6); Bonnier (n° 366);

Zachariae (V, p. 648). — Giudicato in tal modo, pei conti andati e quitanze date. Cass., 16 marzo 1852; Orléans, 2 dicembre 1853 (J. P., 1852, t. I, pagina 419; 1853, t. I, p. 171).

no alla promessa unilaterale cioè fatta da una sola parte senza obbligarsi l'altra, di concludere appresso un contratto sinallagmatico: così obbligandomi a rilasciarvi la mia casa per 60,000 franchi, se voi volete prenderla per questo prezzo entro tre mesi, non bisogna fare un atto doppio, bastando quel che io vi sottoscrivo, da che voi non vi obbligate a nulla verso di me. Che il parlamento di Parigi mettendo in non cale tutti i principi, abbia potuto decidere per fino il contrario (in una decisione riportata da Denisart alla parola *Doppio*) si può ben comprendere dopo lo strano errore in cui incorse, secondo giustamente fu rimproverato da Merlin; nello errore come nel vizio il primo trae gli altri. Ma non si comprende che sotto l'impero del Codice Napoleone, lo stesso Merlin (Rep., alla parola *Vendita*, pagina 534, 555) e dopo lui le Corti di Angers e di Lione (1) abbiano detto che qualunque obbligazione di vendere contratta da una parte sola, sia dichiarata nulla dall'articolo 1589 (1434). Giusta il quale la promessa di vendere *tal vendita*, essendovi un reciproco consenso, cioè un contratto sinallagmatico, con cui le due parti si obbligano l'una a vendere, l'altra a comprare. Secondo il buon senso deve inferirsi che quando invece di due obbligazioni vicendevoli ve n'è soltanto una di vendere, la promessa di vendita *non tal più vendita*, e forma un semplice contratto unilaterale che di necessità ha lo stesso effetto di tutti i contratti unilaterali. Ma non han così ragionato Merlin e le Corti di Angers e di Lione; dall'essere la promessa di vendita una vendita quando vi è

vicendevole obbligazione, inferiscono che essendo una sola l'obbligazione, *non val niente* ed è assolutamente nullo. La mente si confonde in faccia a sì mostruosa decisione che è contraria alla dottrina di tutti gli scrittori antichi e moderni (2).

Troplong specialmente ha con molta energia confutato tal dottrina che le più semplici nozioni bastano a far respingere. Perchè infine qualunque convenzione legalmente formata non ha forza di legge per coloro che l'hanno fatto (art. 1134 (1088)). Ora in che sarebbe contrario ai buoni costumi o all'ordine pubblico il contratto in cui mi obbligo a vendervi la mia casa o a comprar la vostra mercè un tal prezzo se nel termine di.... voi vi risolverete a comprare o a vendere? Senza fallo non devono confondersi la semplice pollicitazione o offerta che ho potuto farvi, e che non mi lega, i semplici discorsi con l'obbligazione che ha voluto su di me prendere; ma riconosciuto che io mi sono obbligato, che vi è stato non un semplice discorso, ma un contratto, per qual ragione o pretesto si vorrebbe dichiarare come non avvenuto il legame a cui mi sono soggetto? Che il parlamento di Parigi dopo aver voluto l'atto doppio non solo per la prova, ma anche per la validità delle obbligazioni sinallagmatiche abbia esteso questa bella dottrina pretendendo per fino i doppi originali per la prova e per la validità di una promessa di vendere, non può far maraviglia: camminando nell'assurdo non si ferma sulla via; ma quel che non si comprende è, che si voglia far rivivere questa ultima dottrina sotto il Codice che promettesse anche la prima (3).

(1) Angers, 27 ottobre 1829; Lione, 27 giugno 1832 (J. P., t. XXII, p. 1418; t. XXIV, p. 1212).

(2) Specialmente: Tiraquello (De Rel. conv., tit. fin.); Fachineo (Conf., lib. II, cap. 7); Boerius (Decis., 183); Henrys (t. I, lib. 4, cap. 6, quest. 40); Bardet (t. I, lib. 2, cap. 31); Polhier (Vendita, n° 477); Troplong (Vendita, n° 114-116); Duranton (XIII-147); Duvergier (Vendita, I-121-122); Bonnier (n° 561).

(3) Troplong stima che il parlamento di Parigi non abbia mai ammesso l'eresia da noi qui combattuta; ma ciò è inesatto. Gli è vero che il parlamento aveva prima stabilito i veri principi con

parecchie decisioni del XVIII secolo, ma li abbandonò appresso nella decisione di cui parla Denisart, la quale annulla, perchè non si eran fatte le copie in doppio, una promessa fatta dall'Arcivescovo di Reims di acquistare l'Albergo Conti per 45,000 lire.

Notiamo qui due errori di fatto che s'incontrano negli scrittori citati nel testo.

Duvergier dice che Toullier si accostò alla dottrina che egli al pari di noi combatte. Ma Toullier non fa pur cenno di tal dottrina, anzi dice che colui il quale promette di vendere se non trasferisce la proprietà, si obbliga a trasferirla con un con-

Così i doppi originali che sarebbero indispensabili nella vendita propriamente detta ed anche nella promessa sinallagmatica di vendere e comprare (che secondo l'articolo 1588 (1434) equivale a vendita non saranno affatto necessari nella promessa semplice unilaterale o di vendere o di comprare, essendovi allora obbligazione da sola una parte.

Non sarebbe nemmeno necessario anche in un contratto primitivamente sinallagmatico, se eseguita immediatamente una delle obbligazioni, la scrittura dovesse solo raccettarne una sola. Così se io compro per 1,500 franchi che vi pago sullo istante, un cavallo che voi mi dovete appresso rilasciare, l'atto privato che facciamo per comprovare la vostra obbligazione e valere insieme come quitanza del prezzo pagato non deve farsi in doppio, dacchè non

comprova vicendevoli obbligazioni. L'atto unico che mi rilasciato sottoscritto da voi, è allora sufficiente, poichè raccerta insieme e la vostra obbligazione e la mia liberazione del prezzo. Ma si noti, che in tal caso se l'obbligazione unica che si vuol accertare riguardasse una somma di denaro, o una certa quantità di derrate o mercanzie (se il compratore ricevendo l'oggetto venduto, si obbligasse a pagarmi il prezzo, ovvero se la cosa venduta, che il venditore benchè ricevutone il prezzo non rilascia, fosse 50 ettolitri di frumento, 600 chilogrammi di rame, ecc.); l'atto sottoscritto da chi riman debitore dovrebbe secondo il seguente articolo scriversi per intero di mano di lui o contenere un buono che indichi in lettere per esteso la somma di denaro o la quantità della cosa.

1326 (1280 M).—La polizza o promessa per scrittura privata colla quale un solo si obbliga verso d'un altro a pagargli una somma di danaro o a dargli altra cosa valutabile, deve essere scritta per intero di mano di colui che la sottoscrive, o per lo meno è necessario che la sua sottoscrizione abbia scritto di propria mano un *buono* ovvero un *approvato* indicante in lettere per esteso, la somma o la quantità della cosa.

Si eccettua il caso in cui la polizza o

promessa suddetta si rilasci da mercanti, artigiani, lavoratori, vignaiuoli, giornalieri e servitori.*

1327 (1281).—Quando la somma espressa nel corpo dell'atto sia diversa da quella espressa nel *buono*, si presume che l'obbligazione sia per la somma minore, ancorchè l'atto egualmente che il *buono* sieno scritti per intero di mano di colui che si è obbligato; purchè non si provasse in qual parte sia precisamente l'errore.

tratto posteriore (n° 91, in fine). Egli dunque riconosce che colui che fa una promessa si è legato.

Un'altra inesattezza trovasi in Bonnier il quale erede che in una decisione di Grenoble del 23 maggio 1829, che ei cita, si ritenga l'eresia di cui trattiamo, mentre quella che fu confermata in cassazione il 9 luglio 1834 decide esattamente un'altra questione sebbene affine alla nostra (J. P., t. XXVI, p. 725).

* Il corrispondente articolo 1289 e così concepito.

Il biglietto o la promessa per mezzo di scrittura privata, colla quale una sola parte si obbliga verso l'altra a pagarle una somma di danaro, o a darle altra cosa valutabile, debbe essere scritta per intero di mano di colui che la sottoscrive; e per lo meno è necessario che, oltre la sua fir-

ma, abbia scritto di propria mano un *buono*, ovvero un *approvato* indicante in lettere per esteso la somma o la quantità della cosa; altrimenti essendoci la sola sottoscrizione, varrà come principio di prova per iscritto.

È eccettuato il caso in cui l'atto si faccia da mercatanti, artigiani, coltivatori di campagna, vignaiuoli, giornalieri e persone di servizio.

La disposizione relativa al *buono* non deve estendersi ad altre scritture. C. S. di Napoli, 30 marzo 1824.

Nel *buono* ed approvato di una obbligazione fu mestieri che si scriva anche la promessa degli interessi, 12 dic. 1833.

Le nuove leggi non proscrivono l'obbligazione scritta in un foglio con firma in bianco. Però è inefficace se manca la causa della obbligazione. C. S. di Napoli, 1 dicembre 1819.

S O M M A R I O

- I. La legge onde ovviare a molti pericoli, vuol che l'atto privato che comprovi una obbligazione unilaterale d'una certa somma, di una quantità di mercanzie, indichi la quantità in numeri scritti di mano del debitore, almeno in un buono o approvato aggiunto nel corpo dell'atto.*
- II. La regola si applica sempre che una sola parte sia obbligata; fossero anche più persone. Osservazioni.*

III. La regola si riferisce alla prova, non alla validità della convenzione: conseguenza. L'atto sarebbe principio di prova per iscritto. Rimando.

IV. Molesta eccezione che si fa alla regola per la natura stessa delle cose. — Non essendovi armonia fra il corpo dell'atto e il buono intorno alla quantità, e non potendo rilevarsi da qual parte sia l'errore, si riterrà sempre la minore.

I. — Nel nostro dritto antico si teneva esser pericoloso ammettere come prova sufficiente di una obbligazione la semplice sottoscrizione del preteso debitore in piè della scrittura. Si è potuto dare per fiducia una carta in bianco di cui si è abusato; si è potuto scrivere la propria firma in una sopracarta di un paeco, gettarsi così per distruzione e senza scopo sopra uno struocio di carta, per moda che un maligno gli abbia scritto sopra alcune parole indicanti una promessa di un pagamento; si è potuto firmare una scrittura senza attentamente esaminarla, e sottoscrivere così una obbligazione quando men si pensava, o per lo meno una diversa da quella che si volea fare; finalmente si potrebbe da un ereditore, far che il debitore sottoscriveva un atto inilicente l'oggetto dovuto in cifre, poi egli mutarle per indicare una somma o una quantità maggiore, come di leggieri aggiungendo lo zero si può rendere decuplo il valore espresso.

Per impedire tali inconvenienti una dichiarazione dei 22 settembre 1733 (1) stabilì una regola conforme a quella riprodotta dai nostri artieoli, tranne che si applicava solo ai biglietti *fatti per valori pecuniari*, mentre il Codice pareggia qualunque promessa di cosa *valutabile*, con la qual bizzarra espressione si son distinte le derrate o altre mercanzie che si danno

a peso, conta, o misura, come vien indicato dalla fine del primo paragrafo ove si parla *della quantità della cosa* (2).

Così la promessa unilaterale di pagare una certa somma o una certa quantità di mercanzie, non è abbastanza provata dall'atto che riporta il creditore, se non quando è scritto tutto intero dal debitore, o abbia almeno un buono ed approvato, che indichi in lettere per esteso e non in cifre la quantità della somma o delle cose. — E poichè la quantità deve scriversi in lettere e non in cifre nel buono necessario se il corpo dell'atto non sia scritto di mano del debitore, nel caso contrario deve scriversi in lettere per esteso nel corpo dell'atto: tanto in questo che in quello si potrebbero cangiare con frodi le semplici cifre: la legge che formalmente non vuole cifre nel secondo caso, non ne vuole anche nel primo. E il Codice ha espresso la regola per il buono e non per il corpo dell'atto, perchè pareva più naturale d'aversi indicare in lettere la quantità quando il debitore scrive egli stesso tutto intero l'atto, mentre si indicherebbe spesso in cifre da colui cui basta approvare in poche parole una scrittura che indichi già la quantità.

II. — La regola si applica ad ogni promessa unilaterale, tanto a quella per cui più debitori si obbligino nella convenzione

(1) V. il Codice Tripiet sotto l'art. 1326 (1280 M).

(2) La giurisprudenza inclina ad ammettere che sotto questo rapporto il dettato dell'art. 1326 (1280 M) si applichi tanto alle fidejussioni che alle obbligazioni principali, tanto alle obbligazioni indetermi-

nate che a quelle determinate. Ricorso 1° maggio 1853; Parigi, 28 dicembre 1852 e 24 maggio 1853 — Vedi intanto Douai, 23 nov. 1853 (J. P., 1854, t. I, p. 14; 1855, t. I, p. 591).

come una sola parte senza mutualità, come a quella in cui un solo si obblighi. Così obbligandosi in solido Pietro e Paolo a pagare la somma di... a Giacomo, è necessario che l'atto, se scritto da uno dei debitori, sia approvato dall'altro, e se scritto da un terzo, contenga il buono di tutti e due. I due condebitori rappresentano nella convenzione una sola parte, l'obbligazione è da un solo lato; quindi essendo sinallagmatico il contratto, basterebbe per ambedue un solo originale. La nostra regola in somma, come abbastanza si scorge ravvicinando i due art. 1325, 1326 (1279 M, 1280 M) si applica a qualunque obbligazione (di denaro o di quantità) che non essendovi vicendevole obbligazione, non va soggetta al doppio originale (1).

La convenzione sinallagmatica ha bisogno del doppio originale; ma non perciò essendo unilaterale si può scegliere or l'una or l'altra regola. Così, se uno si obbliga in un contratto unilaterale a pagare una somma, i contraenti non potrebbero o fare i doppi originali o tenersi alla nostra regola. Nè perchè l'atto si è fatto in doppio si contraffarebbe meno alla legge, e si avrebbe una prova non sufficiente: le parti avrebbero compiuto una formalità non richiesta, e invece omissone una indispensabile (Toullier, n° 307). — Ma l'una o l'altra regola si potrebbe seguire nell'ipotesi preveduta sotto l'art. 1354 (1308), n° IV, ultimo paragrafo, cioè quando è un contratto sinallagmatico che si esegue immediatamente da una parte, per modo che resti obbligata solo l'altra parte. Da una mano, è certo che la scrittura deve solo accertare una obbligazione *unilaterale*, per cui anzichè la regola dell'articolo 1325 (1279 M) si può seguire l'altra dei nostri articoli; d'altra mano, è similmente vero che l'atto fa menzione d'un contratto

sinallagmatico che è redatto per comprovare; per essersi eseguita immediatamente l'obbligazione di una delle parti, queste hanno facoltà di sostituire la regola dei nostri articoli, ma non potrebbero esservi costrette (Toullier, n° 370).

III. — I nostri articoli siccome il precedente essendo relativi alla prova della convenzione, e non già alla sua validità, ne segue, che essendo uno scritto firmato dal debitore, l'obbligazione sarebbe valida e pienamente efficace se altrimenti fosse provata o dalla spontanea confessione del debitore o del giuramento a lui deferito. Vedremo sotto l'art. 1347 (1301) che questo scritto sarebbe un principio di prova, e faculterebbe quindi la prova testimoniale, e quella per semplici presunzioni o per il giuramento suppletorio (art. 1353, 1367 (1307, 1321)).

IV. — La legge fa una eccezione alla regola di cui trattiamo pei mercanti, artigiani, coltivatori di campagna, vignajuoli, giornalieri, e persone di servizio. — Essa era indispensabile pei domestici, giornalieri, operaj, ecc. i quali spesso possono firmare il loro nome senza sapere scrivere, poichè se si fosse dichiarato non probante l'atto da essi non scritto o senza il buono si sarebbero costretti a cercare il notaro per atti non importanti. Per disavventura si tolgono dal patrocinio della regola quelli appunto che di più lo meritavano stante la loro poca istruzione; ma di ciò non potrebbe chiamarsi in colpa il legislatore, perocchè ciò viene dalla natura stessa delle cose (2). — Pei mercanti (ed anche pei banchieri, manifatturieri, negozianti, ec. che erano eccettuati specialmente nella dichiarazione del 1733 e che certamente il Codice vuol comprendere tutti col nome di mercadanti), l'eccezione ha un'altra causa, cioè la molteplicità dei bi-

(1) Toullier (VIII-300); Duranton (XIII-170); Bonnier (n° 550); Cassaz., 8 ottobre 1815; Cass., 6 maggio 1816.

(2) In tesi generali l'eccezione che qui fa la legge in riguardo ai coltivatori di campagna, si applica indistintamente a quanti coltivano le terre altrui o le proprie, anche con l'aiuto di persone

ai loro soldi. Pure in quest'ultimo caso non va applicata l'eccezione se il grado della persona, la educazione o la importanza della cultura escludono la qualità di coltivatore di campagna — Vedi Caen, 14 aprile 1847 — Nîmes, 4 maggio 1852 (J. P., 1847, t. II, p. 387; 1853, t. II, p. 274).

glietti ch'essi devono soscrivere, e per cui la regola che porge agli altri un saggio patrocínio, potrebbe impedire l'andamento dei loro affari (1).

Quando non accordano intorno alla quantità il buono e il corpo dell'atto, il debito fino a che non sia dimostrato da qual parte sia l'errore, è provato fino alla concorrenza

della quantità per cui concordano il buono e il corpo dell'atto cioè per la minore delle quantità indicate; ma se si conoscesse, non importa come, che la minor quantità è erronea e la maggiore esatta, bisogna attenersi a questa.

Nel dubbio soltanto si segue sempre la indicazione della minore quantità.

1328 (1282).— La data delle scritture private non si computa contra le terze persone se non dal giorno in cui sono state registrate dal giorno della morte di colui o di uno di coloro che le han sottoscritte,

te, o dal giorno in cui la sostanza delle medesime scritture resti comprovata in atti stesi da uffiziali pubblici, come sarebbero i processi verbali di apposizioni di sigilli o d'inventario.

SOMMARIO

I. L'atto privato non fa fede della sua data rispetto a' terzi.

II. Ma solo rispetto a questi, non mai per la parte o suoi eredi.

III. Per terzi s'intendono qui tutti quelli che hanno contratto con chi ha firmato l'atto: grosso errore di Toullier. Si mettono in ar-

monia gli articoli 1322 e 1325 (1276 e 1279 M); errore di Ducaurroy e Duranton.

IV. La certezza legale della data deve risultare dalle tre circostanze cennate dall'articolo: errore di Toullier.

V. L'articolo si applica alle quitanze. Contraddizione di Duranton.

I.— Sebbene abbiamo detto con l'articolo 1322 (1276) che gli atti sotto firma privata riconosciuti che siano o avuti per tali fra le parti, loro eredi, e aventi-causa, son così efficaci che gli atti autentici; pure in ciò le due specie di atti differenziano, che quello pubblen raccerta legalmente la verità della data, non che tutto il resto del contenuto, dove l'atto privato acquista rispetto ai terzi cioè ai semplici aventi-causa, una data legalmente certa dal giorno in cui è stato registrato o dal giorno in cui la sua sostanza resta comprovata in un atto pubblico, ovvero dalla morte di uno di coloro che l'hanno scritto. Quindi l'atto privato fa la medesima fede del pubblico, meno che per la data rispetto agli aventi-causa pei quali è provata non dall'atto medesimo, ma da una delle tre sopracennate circostanze.

Infatti si potrebbe facilmente mettere una data antecedente in un atto sotto firma

privata. Vendita a Pietro la mia casa nel 1845 per atto pubblico, o per atto privato registrato, non sarebbe difficile combinare con frode nel 1846 un altro atto di vendita con Paolo a cui metteremmo la data del 1844; così il primo e vero acquirente sarebbe molestato. La legge adunque doveva far di tutto per garentire dalla frode i terzi interessati e rendere l'atto efficace rispetto a loro dal giorno in cui è regolarmente comprovata la sua esistenza.

II.— Rispetto ai terzi soltanto, l'atto privato non fa fede della sua data, non già riguardo alle parti e ai loro successori generali fino a che non sia provato falso. Così almeno che sia stato dichiarato incapace (p. e. interdetto) non potrebbe preteudere per se inerte la data dell'atto privato che ha sottoscritto; e nemmeno lo potrebbero gli eredi dello incapace o di uno morto civilmente.

Gli è ben vero che l'atto emanato da

(1) Del resto il biglietto in cui non sia nè il buono o l'approvato può dichiararsi valido come fatto da un artigiano, qualunque ciò non sia stato

posto negli articoli di fatto. Ricorso 13 dic. 1853 (J. P., 1853, t. II, p. 332).

colui ch'è stato interdetto o colpito di morte civile nel 1845, e che ha la data del 1844, potrebbe essere stato sottoscritto nel 1846 dopo la interdizione, o la morte civile, ed avere avuta posta la data antecedente o per la imbecillità dell'interdetto, o per la frode del morto civilmente. Ma tali casi di eccezione non rientrano nè nel testo nè nello spirito della nostra disposizione. Il nostro articolo coi suoi termini non li abbraccia (perchè l'erede è un terzo rispetto al suo autore, e non si può esser terzo rispetto a sè stesso). Arroge che non doveva comprenderli; perchè se conveniva pretendere di rigore il registro (o il suo equivalente) quando l'atto si oppone ai terzi, che han trattato con le parti, non si poteva similmente pretenderlo quando si trattava di render l'atto efficace contro la parte contraente o i suoi eredi. Era giusto che la parte con cui contraggo, ove segua la mia fede e non faccia registrare, corra il rischio di vedere il suo dritto come non esistente rispetto a quelli che potrebbero trattare appresso con me, conservando allora l'azione soltanto contro di me o dei miei eredi; ma se in tal dato caso il suo dritto dovesse venir meno rispetto ai miei propri eredi, o a me stesso, si turberebbe ogni cosa e si guasterebbero per la molesta necessità del registro gli atti quotidiani della vita civile. La mancanza del registro (o del suo equivalente) potrà dunque opporsi dai soli terzi, e non dalle parti e loro eredi che non potrebbero negarsi di eseguire, se non quando provano la data antecedente (1).

III.—Facilmente s'intende, e noi lo abbiamo già detto per incidenza, che l'articolo comprende sotto il nome di terzi tutti coloro che hanno trattato con la persona, onde l'atto proviene, vale a dire i suoi aventi-causa a titolo particolare. Infatti, qui non si tratta di terzi stranieri a questa persona, cui non riguarda l'atto da essa sottoscritto; per costoro è indiffe-

rente che l'atto abbia o no data certa; poichè questo atto non produce per essi alcun effetto nè pro nè contra, e si considera a loro riguardo *res inter alios acta, quae aliis non nocet nec prodest*.

Perchè possa prevalermi della mancanza di data certa di un atto, ed anche perchè siavi luogo a richiedere se possa o no prevalermene, è evidente bisognare pria di ogni altro che l'atto esista tra coloro contra i quali vuolsi che produca il suo effetto.

Adunque non si comprende come abbia potuto Toullier insegnare il contrario e sostenerlo soprattutto con ostinazione di fronte alla contraddizione che sollevò e doveva sollevare una tale eresia (tomo IX, n° 146-156, e dissert. alla fine del tom. X).

Pretende Toullier, che qui non si tratti se non di coloro che sono terzi assolutamente parlando e affatto estranei, *penitus extranei*; di coloro che per nulla sono gli aventi-causa della persona da cui emana l'atto. Così quando voi comprate la casa di Pietro nel 1845 con atto notarile o con atto privato registrato, e due o tre anni dopo, Paolo se ne pretende proprietario, e vuole evincervi in virtù di un atto di vendita non registrato, che porta la data del 1844, voi non potreste, secondo Toullier, opporre a questo atto la mancanza di data certa; perchè siete avente-causa di Pietro e non un terzo, *penitus extraneus*.

Siccome in ultimo costrutto questa strana dottrina vuol dire, che la mancanza di data certa non potrebb'essere opposta da coloro cui era indifferente l'affare, e che non avevano alcun interesse ad opporla; Toullier, per evitare tal controsenso, ha immaginato di affermare che i creditori di una persona non sono suoi aventi-causa, ma terzi; che essi tengono il loro dritto non dal debitore ma dalla legge; e che questi creditori costituiscono perciò la classe delle persone aventi ad un tempo interesse e qualità per opporre il difetto d

(1) Parigi, 28 gennaio 1830; Rig., 17 maggio 1831; Colmar, 30 luglio 1831; Dijon, 17 marzo 1835; Rig., 8 marzo 1836; Orléans, 25 agosto 1837; Or-MARCADÉ, vol. III, p. J.

léans, 21 marzo 1838. Ma tutte le idee ammesse da queste varie decisioni non si dovrebbero aver tutte come esatte.

certezza della data. Ma egli è troppo evidente, che un creditore non è, nè può essere che un avente-causa del suo debitore, e che se la legge determina le regole da seguire per l'esercizio del suo dritto sui beni del debitore, questo dritto sopra i beni non è meno una delibazione, un riflesso del dritto di proprietà del debitore, di cui è il creditore lo avente-causa e il rappresentante (articolo 1166 (1419) n. 1).

Ma infine, ha detto Toullier, ove agli aventi-causa si applicasse l'articolo 1328 (1282) accordando loro il dritto di non rispettare la indicazione della data, vi sarebbe contraddizione tra esso e l'art. 1322 (1276) che dà pieno effetto all'atto, così per la data che pel resto, tra le parti, loro *eredi e loro aventi-causa!*

Una risposta è stata data a questa obiezione da Ducaurroy e da Duranton; ma essa non è punto esatta. I due professori hanno osservato, che l'art. 1322 (1276) dopo di avere parlato degli eredi, non intende aggiungerli che gli aventi-causa a titolo universale, diversi da questi eredi; come sarebbero i successori irregolari *ab intestato* ed i legatari o donatari universali o a titolo universale; ma non già gli aventi-causa a titolo particolare. Ciò è un errore evidente, secondo abbiamo già dimostrato sotto l'articolo 1322 (1276). Questo articolo parla di tutti gli aventi-causa senza restrizione di quelli che ripetono dal sottoscrittore dell'atto la causa del loro dritto; esso non distingue tra gli aventi-causa a titolo particolare e gli aventi-causa a titolo universale, come non distingue per l'atto pubblico il 1° paragrafo dell'articolo 1319 (1273) sul quale è fondato.

Nè poteva effettivamente distinguere. Poichè questo articolo non si occupa soltanto della data dell'atto, ma eziandio della sua disposizione, per modo che se fosse vero, come dicono Ducaurroy e Duranton, che non si applica che agli aventi-causa a titolo uni-

versale, ne seguirebbe, che anche in massima e in un modo assoluto e indipendentemente dalla questione di data, l'atto privato sarebbe senza valore per gli aventi-causa a titolo particolare delle parti contraenti!

Bonnier ha dunque avuto ragione di rigettare la dottrina dei due suoi colleghi e di adottare la risposta data dal Troplong.

Ben semplice è la risposta, e facilmente si conciliano i due articoli 1322 e 1328 (1276 e 1282). Senza fallo l'art. 1322 (1276) parla degli aventi-causa a titolo particolare come degli altri, e quindi un tale può allegare l'atto privato con cui ha comprato il podere di Pietro, contro di me a cui questi ha egualmente venduto il medesimo podere. Ma perchè io sia obbligato a rispettare l'atto del mio avversario, e di patirne la esecuzione, è necessario che io sia realmente rispetto a lui avente-causa di Pietro. Or quando ho comprato il podere di Pietro il 1° febbraio 1845, non sono il suo avente-causa rispetto a tutti, e per tutti gli atti che egli ha consentito in qualunque tempo, ma soltanto per quelli che avevano trattato con lui innanzi il 1° febbraio 1845; non sono altro che un terzo per dopo quel tempo. Dunque, se il mio vicino esibisce un atto di vendita del 1844, deve provare che l'atto sia realmente di quell'anno, e che emani quindi da uno di cui io sia avente-causa; fino a tanto che non si fonda sopra una data certa, egli si rigira in un cerchio vizioso, secondo ben dice Troplong.

Del resto comprendesi che lo strano errore di Toullier, non ostante gli sforzi che egli abbia durato per il suo trionfo, è stato sempre rigettato dalla giurisprudenza, come dagli altri scrittori (1).

IV.—Toullier cade in un altro errore, certamente molto più grave, ma che ci sembra egualmente incontrastabile, insegnando (VIII, 241-243) che le tre cause indicate dal nostro articolo, per le quali rendesi legalmente

(1) Nîmes, 11 febbraio 1822; Cass. (d'una decisione di Grenoble), 27 maggio 1823; Rouen, 12 aprile 1825; Rig., 20 febbraio 1827; Tolosa, 7 lu-

glio 1831; Grenoble, 19 maggio 1833; Bastia, 24 giugno 1833. Del resto se esatte sono queste decisioni, non lo sono sempre le loro ragioni motive.

certa la data dell'atto, sono poste per modo d'esempio, e che la data dovrà dichiararsi certa quando le circostanze dimostreranno impossibile quella antecedente.

Così quando uno di coloro che ha sottoscritto, ha perduto ambe le mani, o quando è disparso senza nulla più sapersene al mondo, o quando è partito per un viaggio oltre ai mari, Toullier vuole che, dal giorno di tale avvenimento, l'atto faccia fede della sua data, per guisa che la questione della certezza della data, non sarebbe più questione di dritto, ma di fatto; una semplice valutazione, se possibile o no sia la data antecedente. Senza dubbio, il sistema del legislatore avrebbe dovuto esser questo; ma egli ne adottò un altro, e i lavori preparatori del Codice ben dimostrano che, bene o male, si vollero restringere i casi oltre ai quali i giudici non potrebbero più dichiarare incerta la data.

Il nostro articolo infatti, che nel progetto (in cui portava il n° 217) ammetteva che il registro o la morte accertassero la data, fu censurato, quando si discuteva, come *incompleto*, e perchè non offriva, fu detto, tutte le circostanze che possono provare la certezza della data. Questo solo fatto è perentorio, perchè se la disposizione voleva far-

si indicativa e non limitativa: se si voleva che il caso di morte fosse posto come esempio, e che questo punto di fatto si lasciasse al criterio dei magistrati che dovrebbero esaminare, se la data antecedente fosse o no possibile dal giorno dell'avvenimento, la legge non sarebbe stata certamente incompleta. E nemmeno avrebbe potuto discutersi se si dovesse aggiungere un terzo caso ai due già preveduti. Pure si fece, rimandandosi l'articolo alla sezione per esaminarsi la ammenda di Berlier, il quale proponeva di aggiungersi il caso della apposizione dei suggelli, dicendo non poter bastare una *semplice menzione* in un atto pubblico, che non farebbe conoscere il *tenore* della scrittura (Fenet, tomo XIII, pag. 38 e 1417).

La sezione, rendendo generale l'ammenda di Berlier, e prevedendo l'inconveniente da lui notato, annisè come terza causa di legale certezza il riferimento che si fa in un qualunque atto pubblico, verbale di sequestro, o altro, della *sostanza* dell'atto privato.

Adunque, nei tre casi preveduti, il legislatore ha voluto riconoscere nell'atto una data certa rispetto ai terzi, secondo è comune dottrina degli scrittori e delle decisioni (1).

(1) Duranton (n° 131); Favard (*Rep.*, *Atto sotto firma privata*); Rolland de Villargues (*ibid.*, n° 56; Dalloz (*art.* 2, § 1, n° 11); Zachariae (V, p. 680); Bonnier (n° 573); Cass., 27 maggio 1822; Tolosa, 7 luglio 1831; Grenoble, 9 maggio 1832; Bordeaux, 4 agosto 1836; Angers, 18 febbra. 1837; Douai, 11 agosto 1847; Nîmes, 27 maggio 1840; Agen, 4 dicembre 1841; Dev., 32, 2, 616; 33, 2, 506; 37, 2, 100; 38, 2, 106; 39, 2, 426; 40, 2, 405; 43, 2, 1135).

Toullier nell'ultima sua edizione, dopo riferita la decisione del 1823 (VIII, n° 242, nota), aggiunge: « Quindi qualunque discussione deve ormai aver fine ». E perchè? perchè decisa una questione dalla Corte suprema, si dovrà fare un atto di fede né darsi più luogo allo esame! Non si comprende coelesa frase in bocca di Toullier che raccomandava tanto agli altri, e dichiara di osservare egli medesimo scrupolosamente la buona massima *nullius in alterius iurare in verba magistri*.

Certo la grandissima autorità la Corte Suprema, ma anch'ella può ingannarsi, e più d'una volta è incorsa in errore, avendo giudicato ora in un senso ora in un altro la medesima questione. Per non ricordare qui la questione dell'adozione dei figli naturali, quella della riserva dell'eredità che ha rinunciato, e molte altre, abbiamo il bel destro di citare una, che, letta nelle raccolte, ci addolorò

profondamente.

Il 17 agosto 1841 la Camera dei ricorsi ne ha rigettato uno giudicando, uniformemente alle conclusioni generali dell'avvocato generale Pascualis, che il matrimonio contratto dal francese in paese straniero e non pubblicato in Francia è nullo in forza dell'articolo 170 (156 N) del Codice Napoleonico. Il giorno dopo, 18 agosto 1841, ne ha rigettato un altro giudicando, non ostante le contrarie conclusioni dello stesso avvocato generale, che il matrimonio fatto in paese straniero e non pubblicato in Francia non è nullo per l'art. 170 (156 N). E quel che più è da notare, le ragioni motivate di quest'ultima decisione erano appunto quelle che per la stessa tesi erano state messe innanzi da una decisione di Bruns del 1834 cassata il 6 marzo 1837 (Ved. Devilleneuve, 1841, I, 682, 683; 1837, I, 177).

La Corte di cassazione adunque può ingannarsi; e lo scrittore, convinto da un errore da lei commesso, deve combatterlo con maggiore energia, perchè provenga da una autorità così rispettata. Per quanto sia in alto posta la Corte regolatrice, la verità sia più in su. Però qui, come sempre, abbiamo combattuto la dottrina di Toullier, non con l'autorità della decisione in faccia a cui egli si inchina, ma per l'autorità della ragione e non tenendo conto della quasi ritrattazione che vi è nella sua frase.

Così l'atto non avrà data certa che dal giorno del registro, o dalla morte di uno di coloro che han sottoscritto (sia una parte o un testimone, non importa) o dal riportarsi la sua sostanza in un pubblico atto; ciò è che la sua data rispetto ai terzi sarà quella del tal giorno, in cui si reputerà essere stata sottoscritta.

Gli scrittori unanimemente riconoscono, e il maggior numero delle decisioni similmente ammettono, non doversi la regola del nostro articolo applicare a semplici quitanze. Il punto è per fermo assai delicato, perchè pareva ben difficile escludere dalla disposizione del nostro articolo che non distingue, questa o quell'altra specie di atti. Ma secondo noi dee abbracciarsi la universale sentenza.

Non perciò adottiamo tutti i motivi che han dato i vari scrittori. Così ci sembra di nessuna importanza l'argomento che fa Duranton per il caso in cui si è ceduto un'eredità che il debitore pretende aver pagato, dando al cessionario una quitanza senza data certa, cioè che il cessionario è avente-causa del cedente, e che quindi è tenuto secondo l'art. 1322 (1276) a rispettare l'atto sottoscritto da costui senza potere opporre la incertezza della data (XVI, 804). Esso è di nessuna importanza, dapoi che il cessionario, come qualunque altro avente-causa, ha tal qualità per gli atti fatti dal cedente innanzi di concedere il dritto da lui acquistato, per modo che appunto per la legale certezza della data (antecedente alla cessione) apposta nella quitanza, egli sarebbe divenuto avente-causa del cedente in riguardo al debitore, come noi abbiamo spiegato al n° IV.—Ma oltre a ciò, Duranton da cui solo si è fatto cotesto argomento, era proprio il solo che non dovea farlo, pe-

rochè egli, onde combattere Toullier, sostiene che degli aventi-causa a titolo universale parla l'art. 1322 (1276), e ciò è appunto l'errore contrario. Non sa spiegarsi come il celebre e doto professore possa incorrere nello errore di Toullier, mentre lo combatte con tanta energia altrove con l'errore opposto.

Ma noi, tuttochè non ammettiamo alcuni motivi, ci accostiamo alla universale opinione, sembrandoci impossibile che il legislatore abbia voluto dichiarar soggette al registro le semplici quitanze, le ricevute di somme di danaro, per le quali universalmente basta la firma del creditore; se le quitanze di pigione, le ricevute di decorsi o interessi, debbono aver forza probante soltanto dal registro, si guasterebbero le abitudini ben note di tutti i cittadini.

Non crediamo che la legge abbia ciò voluto tanto più che l'eccezione esisteva nell'antica giurisprudenza (1); i compilatori avrebbero di certo fatto qualche osservazione (e nessuna ne han fatto), se ella si fosse dovuta togliere di mezzo.

Noi dunque opiniamo non applicarsi la regola agli atti che comprovano semplicemente un pagamento ricevuto (2).

Delvincourt, Troplong e Bonnier stimano potersi dichiarar valida la quitanza, non ostante la incertezza della data, solo quando il debitore l'opponesse immediatamente. Noi non potremmo adottare cotale restrizione, sembrandoci che, riconosciutosi inapplicabile il nostro articolo, valuterà in fatto il magistrato in tutta la sua latitudine secondo le diverse circostanze se la data sia falsa o sincera. Ammesso intorno a ciò il silenzio della legge, sarebbe arbitrario e pericoloso insieme di costringere la libertà del valutare che ha il magistrato.

(1) Charondas (Osservazione alla parola Cessionaire); Bourjon (lib. 3, tit. 3, sez. 2, n° 12); Ferrières (art. 108, Cons. di Parigi); Rousseau de la Combe (alla parola Trasporto, n° 20).

(2) Toullier (VIII, 249, 250); Delvincourt (III); Duranton (XVI-804); Troplong (Vendita, II-920);

Dauvergier (Vendita, II-204); Zachariae (II, p. 559); Bonnier (n° 370); Besançon, 15 febbraio 1827; Bourges, 3 febbraio 1836; Cass., 14 nov. 1836; Nîmes, 5 gennaio 1837; Rig., 5 ottobre 1839; Tolosa, 5 giugno 1840 (Dev., 36, 1, 883; 37, 2, 11; 39, 1, 932, e 2, 223; 40, 2, 340).

2. Delle scritture efficaci senza firma.

1329 (1283).—I registri dei mercatanti non fanno pruova delle somministrazioni che vi sono annotate, contra quei che non sono mercanti; salvo ciò che si dirà a riguardo del giuramento.

1330 (1284).—I libri de' mercatanti fanno pruova contra di essi; ma colui che vuole trarne vantaggio, non può scinderli in ciò che contengono di contrario alla sua pretensione.

S O M M A R I O

I. I registri di un commerciante possono far deferire il giuramento suppletorio per le obbligazioni dei non commercianti.

II. Ma non possono far ordinare la pruova te-

stimoniaie. Errore di Toullier.

III. Fanno piena pruova per le obbligazioni del commerciante.

I.—I registri dei mercatanti sono uno dei mezzi legali di pruova piena contro gli altri mercatanti (Codice di commercio, articolo 12 e 109 (24 M., 108)), e ciò è giustissimo essendovi reciprocenza fra le parti. Ma non hanno nè debbono avere la medesima forza contro i non mercatanti rispetto ai quali essi sono soltanto un principio di pruova per cui il giudice può deferire il giuramento suppletorio.

È questo evidentemente il senso dello art. 1329 (1283). Imperocchè dapprima la legge dicendo che i registri *non fanno pruova* salvo le regole intorno al giuramento, intende chiaramente che essi i quali non fan piena pruova, possono almeno far deferire il giuramento. Da altra parte non si può qui trattare del giuramento deferito da una parte all'altra, poichè ciò si può fare senza alcun principio di pruova (art. 1360 (1314)) e senza che esistano affatto registri, il qual giuramento vien detto *decisorio* perchè per esso solo vien decisa la lite. Certamente si tratta del giuramento che per una enunciazione annotata nel registro, può il giudice deferire all'una o all'altra delle parti, quando la domanda non è affatto sfornita di pruova (articolo 1367 (1321)), il qual giuramento chiamasi per questo *suppletorio*. Questa regola altronde è stata riprodotta dall'antica giurisprudenza.

II.—Intorno a ciò tutti convengono; ma è dubbio se la enunciazione annotata nei

registri permetta pure la pruova testimoniale ond e stabilire la verità delle somministrazioni.

Toullier (VIII, 369, IX, 70) sostiene del sì; perchè, secondo egli dice, la legge che permette si deferisca il giuramento suppletorio al mercatante attore, permette quindi *a fortiori* la pruova per testimoni, essendovi certamente men rischio nel rimettersene ai testimoni che allo stesso attore.

Cotesto errore è stato rigettato dagli altri scrittori, che trattarono la quistione.

È permesso di deferirsi il giuramento suppletorio, per ciò che la domanda della parte non è del tutto sfornita di pruova (articolo 1367 (1321)); mentre non si può ammettere pruova per testimoni, se non quando vi ha ciò che dicesi *principio di pruova per iscritto* (art. 1347 (1301)); ma ciò il Codice riconosce solo nelle scritture che emanano da colui *contro cui si è fatta la domanda* (medesimo articolo).

E ragionevolmente doveva usarsi maggiore severità per la pruova testimoniale che pel giuramento suppletorio. Difatti mal suppone Toullier, che il giuramento sarà necessariamente deferito all'attore, al mercatante; potendo il giudice deferirlo a chi vuole: egli secondo le circostanze, la condizione, e il carattere delle due parti farà giurare il mercatante che ha dato la somministrazione, ovvero l'altra parte che non l'ha ricevuto. Se al contrario l'annotazione

del registro potesse far ammettere la prova testimoniale, un mercadante di mala fede potrebbe facilmente farsi pagare ciò che non gli sarebbe dovuto, scrivendo falsamente su i suoi registri di aver fatto la consegna, e producendo poi all'uopo, quali testimoni del fatto, alcuni suoi compari. Dippiù, sebbene Potthier credesse altra volta che la prova testimoniale dovesse in questo caso ammettersi, una contraria giurisprudenza si seguiva al Castelletto in cui un giuramento, come si legge nel libro di Danty (cap. 8, note), era deferito ai borghesi contro i libri dei mercadanti. Potthier medesimo muterebbe oggi sentenza, poichè il principio di prova per iscritto, che nell'antico dritto non era definito, è oggidì l'atto che emana da colui contro il quale si è fatta la domanda.

I lavori preparatori del Codice non fan dubitare che sia stata questa la volontà del legislatore: « Quanto alle persone che non sono commercianti, leggesi nella esposizione dei motivi (di Bigot Preameneu) si è dovuto conservare la regola per la quale nessuno può fare un titolo a se stesso... I mercadanti non hanno altro dritto

che di pretendere il giuramento di coloro che inforserebbero la loro domanda ». Bigot si esprime in vero con poca esattezza, e parrebbe che egli intendesse parlare del giuramento decisorio. Doveva dire di far deferire il giuramento. Ma è ben chiaro in fine che si può solo deferire il giuramento e che la prova testimoniale è esclusa. « Contro i non mercadanti, dice il rapporto al Tribunato, i registri possono solo servire perchè il giudice si determini a deferire il giuramento » (Fenet, tom. XIII, p. 295 e 388). Da ultimo Maleville, che fu uno dei compilatori, analizzando il nostro articolo (tom. III, p. 158), tuttochè annunzi la inesattezza delle parole del suo collega Bigot, spiega pure che il registro può solo far deferire il giuramento suppletorio (1).

III.—Però i registri fan prova completa per le obbligazioni che risultano contro il mercatante medesimo; se non che la enunciazione, della quale lo avversario di lui può giovarsi, deve prendersi tutta insieme, non potendo sciudersi quel che gli giovi da quello che gli sia contrario.

1331 (1285).—I registri e le carte domestiche non formano prova a favore di colui che le ha scritte: fanno però fede contro di lui:

1° in tutti i casi ne quali enunciano formalmente un pagamento ricevuto;

2° quando contengono una espressa menzione di aver fatto tal notamento per supplire la mancanza del titolo a favor di colui a vantaggio del quale esprimono una obbligazione.

SOMMARIO

I. Le carte domestiche fanno fede contro colui che le ha, quando enunciano la estinzione di un suo credito, ed anche, ma con una condizione, quando enunciano una obbligazione contro di lui.

II. Nel primo caso la scrittura, sebbene cancellata, conserverebbe la sua forza; se no nel secondo. Perchè la legge vuole nel secondo e non nel primo la condizione.

III. Le carte non fan mai fede in pro di colui

che le ha; ma non si possono scindere le loro menzioni. Censura di un passo di Bonnier.

IV. Continuazione.

V. Che cosa s'intenda per carte domestiche. Errore di Toullier, Rolland de Villargues e Bonnier.

VI. Del caso in cui il padrone del registro dice di non averlo o non vuol presentarlo.

1.—I registri, i giornali, i cartolari ed in generale tutte le carte domestiche, che

(1) Conf., Boncenne (Proc., 4, p. 134); Bonnier (n° 634).

i non commercianti tengono alle volte per darsi ragione dei loro affari, non offrono la medesima presunzione di esattezza, nè hanno quella forza probante dei registri che i mercatanti debbono per legge avere, essendo determinato il modo con cui debbono tenersi (Cod. comm. (art. 8, 41 (16, 18)); pure le carte domestiche non sono del tutto sfornite di ogni forza probante.

A differenza dei libri di commercio, essi non fanno mai fede in favore di colui da cui son tenuti, ma fan fede contro di lui in due casi: 1° quando nel registro si enuncia che lo ammontare del debito di un terzo è stato ricevuto, ciò prova abbastanza che l'uno abbia ricevuto, e che il debitore siasi liberato; 2° quando si enuncia una obbligazione in favore di un terzo, la legge crede soltanto essere prova sufficiente che esista una obbligazione, allorchè si è espressamente detto che con quel notamento si è voluto supplire alla mancanza del titolo del creditore; per modo di esempio « M. P... mi ha dato in prestito oggi 500 franchi; io qui lo noto perchè egli non ha voluto da me alcuna scrittura ».

II. — Gli scrittori con ragione insegnano che i due casi differenziano moltissimo fra loro; nel primo la scrittura quand'anche cancellata conserverebbe tutta la sua forza, nel secondo sarebbe senza alcun valore. Infatti, quando avete notato sul registro di aver ricevuto lo ammontare di quel credito, gli è questo un fatto a cui nulla tolgono le raschiature fattevi da voi alcune settimane o alcuni mesi dopo: la mia liberazione provata che è dalla scrittura, che sebbene cancellata pur si legge, esiste necessariamente sempre. Quando al contrario avete scritto che siete debitore a me di 500 franchi per un imprestito di cui non ho voluto ricevere alcun titolo, e a raccattare il quale voi scriveste la nota, la raschiatura fatta appresso da voi nel vostro notamento, non fa credere che i 500 franchi non vi siano stati dati in prestanza, ma invece che siano stati restituiti da voi, e che quindi voi non siete

più obbligato.

Per cotesta differenza ben si comprende quella che fra i due casi fa il nostro articolo: la enunciazione di un pagamento ricevuto è per se sola una prova sufficiente, dove la enunciazione di un debito fa prova che un debito esista, quando si dice che con quella scrittura si voglia supplire alla mancanza del titolo verso il creditore. È questa la mente del legislatore.

Se io fo menzione sul mio registro di un pagamento ricevuto, non c'è altro a dire; tal menzione in qual siasi tempo e in qualsiasi stato si legga, indicherà sempre che il pagamento è stato fatto, che il debitore quindi è liberato. Non giova dunque il sapere, se io abbia scritto la mia nota per servire di quietanza al mio debitore, non importando se io l'abbia scritto a tal fine, o solo come notizia per me. Ma la cosa è diversa quando si fa menzione di un debito: se la ho fatto come una notizia per me, dando forse altronde un biglietto al mio creditore, ho potato dopo qualche tempo, pagato il credito, ritirare solo il mio biglietto (forse distrutto poi o perduto) senza cancellare quella menzione che doveva servire per me solo. La legge quindi non poteva chiedere che io fossi condannato a pagare, per essersi conservata intatta sul mio registro quella menzione. Al contrario, se ho fatto menzione che io scriveva la nota nell'interesse del mio creditore, e per formargli il suo titolo, non si può ammettere che io abbia pagato senza cassare quel titolo, e fino a che la scrittura è integra, deve tenersi ch'io sia ancora debitore.

Cotal differenza, benchè censurata da distinti professori, sembra a me, come pure a Demante (*Programma*, II-897) perfettamente razionale.

III. — I registri e le carte domestiche, se fan prova contro il loro autore, non possono mai farne in qualsiasi modo in favore di lui. — Così, se il preteso creditore di una rendita, a cui rispondo di non dover nulla, allegando la prescrizione, sostiene che vi sia stata inter-

ruzione per cagione di pagamento di decorsi fatti da me, e poi negati, non potrà far di ciò pruova col suo registro.—Indarno egli direbbe doversi dar fede al registro, poichè pruova un pagamento fatto da me. Senza fallo, il registro farebbe pruova se il pagamento fosse allegato da me e negato da lui, ma diventa inefficace (1), poichè son io che nego il preteso pagamento, come anche le sue conseguenze; e il registro proverebbe il pagamento contro di me e a mio danno.

Bonnier (n. 605 infine) stabilì il principio, che il registro non fa mai fede in favore di colui che lo tiene, aggiunge: « Indarno egli pretenderebbe che sia *indivisibile* il titolo, e che *la medesima menzione* la quale comprova di essersi estinto il credito, comprova un debito contratto in favore di lui dall'antico creditore; *le due menzioni* possono benissimo separarsi ». Allega dipoi una decisione di cassazione dei 16 dicembre 1833.

Queste idee che non si comprendono, non essendo bene svolte, espresse in modo vago, ed anche alcun poco contraddittorie (poichè si parla prima di una *sola e medesima menzione*, e poi si dice di potersi separare *le due menzioni*), queste idee son vere o false secondo il senso che l'onorevole professore volle dare alla frase. Se egli ha voluto dire che essendovi due menzioni distinte ed indipendenti, quella contraria al padrone del registro fa pruova, e non già quella che gli sia favorevole; che essendo una sola la menzione, espressa anche con frasi diverse, è indivisibile, ma non così che se ne possa fare un titolo di credito in favore del padrone del registro contro il suo avversario; la dottrina di lui, se tale, è esatta, e conforme alla decisione del 1833.

Ma se egli ha voluto dire che la menzione composta di più parti (ovvero un composto di menzioni che riguardano il medesimo affare) sia divisibile, e che si debbano tenere come efficaci le indicazioni che fan pruova contro il padrone del re-

gistro, senza tener conto di quelle che fan pruova in favore di lui, la sua dottrina è falsa e contraria alla decisione da lui allegata.

IV.—Il fin qui detto si comprenderà meglio con un esempio.

Pietro sostiene che io gli debba 500 fr. per resto del conto che esiste fra noi, e di cui l'unica pruova secondo lui è nel mio registro. Bisognerà certamente prendere tutto insieme il conto, le enunciazioni dei pagamenti da me fatti, non che quelle delle somme che io ho ricevuto; e se tutte queste cose porgono che io abbia pagato appunto una somma uguale a quella ricevuta, sarà provato che io nulla più devo. Ciò è evidente, e la *indivisibilità* della notizia, portata dal mio registro, è così certa in questo caso, quanto in quello del precedente articolo pei registri dei mercatanti. — Infatti, se si potessero dividere le indicazioni del registro, e rendere efficaci le une che favoriscono il mio avversario, e inefficaci le altre, quegli potrebbe domandarmi, in forza del mio registro, non solo questa o quella delle somme da lui pagate, ma tutte insieme. E direbbe: nel vostro registro è indicato di aver ricevuto voi in due pagamenti la somma di 32,000 franchi e in ciò fa pruova contro di voi, giusta il nostro articolo; il medesimo registro indica pure, è vero, pagamenti fatti da voi, ma in ciò non ha forza probante, poichè secondo il nostro articolo, il registro non fa fede per colui che lo tiene; dunque il vostro registro per se solo, e senza alcun'altra pruova vi fa mio debitore di 32,000 franchi. Il nostro articolo certamente non ha voluto stabilire una regola tanto mostruosa: il mio registro fino a che si tratta del medesimo conto, del medesimo affare, della medesima questione, fino a che si tratta di una sola menzione o di più intimamente legate fra loro, fa piena pruova in mio vantaggio per distruggere ciò che contro di me è stabilito da enunciazioni identiche o corre-

(1) Rennes, 18 dic. 1840; Rig., 11 maggio 1842; (Dev., 1842, I, 719).

lative; in altri termini: il registro è *indivisibile* nel caso del nostro articolo come in quello del precedente. Ma il mio registro non può (in ciò differisce da quello del mercatante, e questo si vuol dire dal nostro articolo) far prova o principio di prova in mio favore, trattandosi di distruggere ciò che egli solo ha stabilito contro di me. Così, se il mio registro allegato da voi per la pruova del mio preteso credito, o di 32,000 fr. o soltanto di 500, indica aver io ricevuto 32,000 fr. ed averne pagato 32,479; esso fa pruova ch'io mi sia liberato dei 32,000 franchi, ma non potrà in forza del registro farvi condannare al pagamento dei 479 fr. che sono di più di quelli da me ricevuti.

Così il registro non fa fede per colui che lo ha scritto: non può mai servirgli, e può essergli opposto; esso può servire all'avversario, e non può nocergli. Ciò non importa però che l'avversario può a sua scelta prendere alcune delle enunciazioni relative all'affare, lasciando le altre. Egli deve prendere tutto il complesso delle enunciazioni, che è per forza indivisibile: se gli giova, ne trarrà profitto; se gli nuoce, lo lascerà, ma senza che si possa allora rivolgere contro di lui.

È questo il senso dell'articolo ed è pure questa la dottrina della decisione del 1843: « Attesochè, si dice, Gaudriot in sostegno della sua domanda riconvenzionale aveva prodotto i suoi libri e le carte domestiche, e che, conforme all'art. 1331 (1285) cotali registri non fan titolo per colui da cui emanano; che la Corte reale di Dijon ha condannato l'attore a pagare, perchè il convenuto esibì semplicemente i suoi libri... che se la esibizione delle carte domestiche fatta dal convenuto *abbia potuto liberarlo dalla domanda*, non ha potuto in suo favore stabilire un titolo da renderlo creditore; che *pronunziando quindi la condanna dello attore*, mancando ogni altra

pruova, a pagare al convenuto la somma di 479 fr. di cui quegli aveva fatto domanda riconvenzionale, la Corte reale ha apertamente contraffatto all'articolo 1331 (1285) del Cod. civ.; annulla la decisione, *ma solo nella disposizione che ha pronunziato la condanna dell'attore al pagamento dei 479 franchi* » (1). La Corte di cassazione conferma la decisione di Dijon perchè non fatta buona la domanda dell'attore lo condannava alle spese; quindi riconosce che i registri, trattandosi di menzioni che riguardino il medesimo affare, fanno pruova in favore di lui che li scrive, affin di distruggere ciò che è provato dalle correlative menzioni: in altri termini che sono indivisibili le notizie dei registri. Dunque la menzione non può mai servire al padrone del registro contro il suo avversario; ma, si badi bene, la menzione intera presa tutta insieme. Alla prima regola, che la menzione non può mai servire al suo autore, segue quest'altra, che la menzione non può dividersi; le quali due regole si racchiudono in quest'una idea: la menzione presa necessariamente tutta insieme, fa pruova contro il suo autore, ma non mai in favore di lui.

V. Ma quali sono propriamente le scritture che si devono comprendere fra le *carte domestiche*? S' insegna dagli scrittori essere soltanto i registri, i libretti o cartolari (2) e non già i fogli volanti.

Sembrandoci troppo assoluta tal decisione, crediamo, che vi si dovrebbero alle volte comprendere, secondo le circostanze, le scritture sopra semplici fogli volanti. Non sarà ciò molto frequente: il foglio che si trova presso il creditore, e che enuncia un pagamento ricevuto, quand'anche fosse scritto e sottoscritto da lui, sarà spesso una quietanza da lui preparata per un pagamento che non gli è stato fatto; come pure il foglio su cui riconosceva avere dato in prestito una somma ad alcuno. — Ma delle volte la enunciazione del foglio volante può provare la li-

(1) Dev. e Car., 1834, I, 123; J. P., alla data del 16 dicembre 1833.

(2) Toullier (VIII-337 e 399); Rolland de VIL-MARCADÉ, Vol. III, p. I.

largues (alla parola FOGLI VOLANTI); Bonnier (numero 604).

berazione, ovvero il credito del terzo. Così per esempio, se in un foglio si dice: » M N... mi ha restituito la settimana scorsa i 5 mila fr. dovutimi »; e M N mi ha prestato jeri 500 fr. e non volle alcuna scrittura: questa nota terrà avvisati i miei eredi, se io morissi »; enunciazioni cotanto precise farebbero la più bella pruova della liberazione o del credito del signor N; non si potrebbero esse certamente disconoscere come efficaci, benchè scritte sopra un foglio volante. La Corte suprema riconosce implicitamente come sia inesatta la contraria regola (1).

E se alle volte le note di alcuno potessero aver la efficacia, di cui tratta il nostro articolo, anche scritte sopra semplici fogli volanti, viceversa anche potrebbero alle volte rimanere inefficaci, benchè scritte sul registro; come per esempio, se la nota fosse scritta da altra mano di quella che scrivesse le altre menzioni del registro, e paresse scritta dopo.

Dunque, secondo le abitudini di persona, come diceva al tempo della precipitata

decisione l'avvocato generale Laplagne—Barris, e secondo le altre diverse circostanze si dovrà decidere se la scrittura sia o no una carta domestica, cioè destinata dal padre di famiglia a accertare lo stato dei suoi affari.

VI.—Il nostro articolo, dichiarando che i registri domestici fan pruova in vantaggio dello avversario di colui che li tiene, consente che questi possa domandarne la esibizione. Per disavventura un uomo di mala fede potrà facilmente dichiarare di non avere tenuto registro o di aver perduto quello che teneva; e potendosi ben di rado provare il contrario, la parte avversa dovrà ricorrere allo spediente di fargli deferire il giuramento intorno all'esistenza del registro. Se il padrone del registro, provatosi dall'avversario, o confessatosi da lui che ne esista uno, negasse di esibirlo, il suo rifiuto farebbe in certo modo verosimile la pretensione dello avversario, e formerebbe un principio di pruova, per cui il giudice potrebbe ricorrere al giuramento suppletorio (art. 1367 (1321)).

1332 (1286).—Qualunque annotazione scritta dal creditore nella fine, nel margine o nel dorso di un titolo che sia continuamente restato presso di lui, fa fede, quantunque non l'abbia sottoscritto nè vi abbia apposto la data, quando tenda a dimostrare

la liberazione del debitore.

Lo stesso ha luogo per l'annotazione scritta dal creditore nel dorso, nel margine o appiè del duplicato di un titolo o di una quittance; purchè tal duplicato si trovi presso del debitore.

SUMMARY

I. Annotazioni non firmate poste dal creditore sopra il suo titolo o su quello del debitore. L'articolo è mal redatto e difficile ad interpretarsi. Gli scrittori mettono innanzi tre sistemi.

II. Confutazione del sistema di Demante e di una parte di quello di Delvincourt.

III. Confutazione della seconda parte del sistema di Delvincourt e di quello di Toullier, Duranton e Bonnier.

IV. Confutazione della seconda parte dell'ultimo sistema. Strana inesattezza di Bonnier.

V. Epilogo della interpretazione dell'articolo.

I. — Il Codice avendo parlato 1° delle menzioni fatte sui registri dei commercianti, e 2° di quelle che presentano i registri o altre carte domestiche, onde por fine a ciò che concerne le carte non sottoscritte, parla in terzo ed ultimo luogo,

della annotazione scritta nel titolo stesso del credito, sia nella fine o nel dorso o nel margine della scrittura che ne forma il titolo; non importando del luogo.

Del resto, tratta di essa annotazione in quanto enuncia la liberazione del credi-

(1) Cassazione d'una decisione di Lione, 9 no-

vembre 1812 (Dev., 43, 1, 704 707).

tore, ma non in quanto possa enunciare un accrescimento del credito. Noi, spiegato il testo, diremo alcuna cosa intorno a questo secondo caso.

Tutti gli scrittori, sebbene dica il contrario Bonnier (nn. 609, 610), son lontani dal convenire nella spiegazione di questo articolo. Tre sistemi si son messi innanzi.

Toullier (VIII, 353); Duranton (XIII, 212, 218); e Bonnier (loc. cit.); insegnano, senza badare al modo con cui sono compilati il primo e secondo paragrafo, doversi sempre seguire la dottrina di Pothier, sebbene molto contraria al testo. Quindi, sebbene il primo paragrafo renda efficace a liberare una annotazione scritta *dal creditore* sul titolo *rimasto sempre in suo possesso*, vien deciso da cotesti scrittori, bastare una delle due condizioni, non importa quale; sarà provata la liberazione se le parole che la enunciano sono scritte dal creditore, sia o no rimasto il titolo presso di lui; e similmente, essendo il titolo rimasto sempre presso il creditore, l'annotazione farà pruova della liberazione, sia scritta o no da lui. Essi dicono parimente, nel caso del secondo paragrafo, doversi la parola *purchè*.... togliere di mezzo, non importando in quali mani si trovi il duplicato su cui il creditore ha enunciato di sua mano la liberazione del debitore. Dunque tre mutamenti eglino han fatto alle disposizioni del nostro articolo. Delvincourt (sez. 1, § 1, note), ne ammette un solo dei tre, tenendo pure come inutili nel primo paragrafo le parole *dal creditore*; e che essendo rimasto presso il creditore il titolo in cui è l'annotazione che enuncia un pagamento ricevuto, non importa da chi la sia stata scritta. Ma sta alla legge intorno agli altri punti, cioè, vuole che il titolo sia sempre rimasto presso il creditore nel caso del primo paragrafo, e presso il debitore nel caso del secondo. Demante infine (*Prog.*, II, 808, 809) rigettato il mutamento proposto da Delvincourt, non che gli altri due, scrupolosamente si attiene, intorno ai tre punti, al testo del nostro articolo.

Noi non seguiamo nissuno dei tre sistemi; i due primi ci sembrano arbitrari, e valgono a sostituire la mente dell'interprete a quella del legislatore, l'ultimo ci sembra ricader nell'estremo opposto, e riconoscere lo spirito della legge per un rispetto esagerato del suo testo. Ci accostiamo ai tre primi scrittori, e non a Delvincourt ed a Demante, ritenendo che ove l'annotazione è stata scritta sul titolo di mano del creditore, non può pretendersi che il titolo sia rimasto presso di lui; ma crediamo, diffornemente da Toullier, Duranton e Bonnier, che eccettione questa sola idea, debbano seguirsi le disposizioni del testo. Quando la ragione, e il combinarsi fra loro delle regole legali dimostrano inessatto un testo, non si debbono seguire le sue parole, e perciò van condannate le dottrine di Demante e di Delvincourt; ma quando un testo non si oppone nè alla ragione, nè alle altre regole della legge, non si può rigettare, nè sostituirvi ad arbitrio la dottrina di Pothier, o di altro qualunque, e ciò han fatto i due primi scrittori.

II.—Che l'annotazione scritta dallo stesso creditore sul suo proprio titolo dimostri la liberazione in essa enunciata, tanto se il titolo è fuori le sue mani che se rimasto sempre presso di lui, ciò ci sembra evidente; poichè se il fatto di scrivere una menzione di pagamento sul mio domestico registro, per se solo e non ostante la raschiatura posteriore di essa menzione, fa pruova legale del pagamento; come non sarebbe lo stesso della menzione che ho scritto sul mio titolo di credito? Questa anzi ha maggiore importanza ed energia quando è sull'atto stesso, con la esibizione del quale io potevo esercitare i miei diritti, che quando è scritta in un registro che alla fine era una semplice notizia per me stesso. Col solo fatto di avere scritto tal menzione si pruova dunque la liberazione, nè può importare in quali mani l'atto abbia potuto passare, essendo io che ve la ho scritto sopra.

Se fosse vero che l'annotazione scritta sopra un titolo non faccia pruova, che quan-

do esso è rimasto presso il creditore, dunque non ne farebbe se il titolo si fosse dato allo stesso debitore. Or secondo gli art. 1282, 1283 (1236, 1237) la consegna del titolo che fa il creditore al debitore, porge, secondo i casi, o una presunzione, o anche una prova di liberazione. Quindi mentre, secondo l'articolo 1331 (1285), la menzione non firmata della liberazione scritta sopra un semplice registro confidenziale e di notizie fa prova, e secondo l'articolo 1282 (1236) la consegna del titolo senza veruna menzione fa similmente prova, la menzione scritta sul titolo stesso e seguita dalla consegna non produrrebbe tale effetto per mancanza di firma! Si avrebbe: A uguale X; B pure uguale X; poi A B riuniti minori di X.

Demante dice (n. 808) che la legge vuol che il titolo sia sempre rimasto presso del creditore, perchè si suppone che la scrittura emani da lui. Noi non comprendiamo questa proposizione. Perchè mai deve lupporsi che la scrittura sia del creditore, quando per ipotesi è questo un fatto certo? Forse non dichiara il nostro articolo che parla della scrittura che *emana dal creditore*? Qui, come sempre, il fronte al debitore il quale dice la scrittura essere del creditore, questi può non riconoscere il carattere (artic. 1323 (1277)), e i suoi aventi-causa posson dire di non conoscerlo (*ibid.*); quindi si ordinerà una verificaione; e dimostratosi che il carattere non è del creditore, non si applicherà il nostro articolo, nè quindi si discuterà intorno al suo significato. L'articolo è dettato per il caso in cui l'annotazione è *scritta dal creditore*, per quello in cui la scrittura si confessa esser sua, o si provi tale dopo la contraddizione; come si può dire che l'articolo impone tale condizione, perchè si possa supporre un fatto che è *a priori* certo? Ripetiamo che non può avere alcun senso la frase di Demante, e ci sembra che qui, come nell'interpretazione dell'articolo 526 (449), ed in qualche altro punto, il dotto professore sia andato nello errore e nelle sottigliezze, perchè non vuol mai trovare viziosa la maniera di esprimersi

del Codice.

Pure in esso Codice abbondano tanto tali false maniere, che una più una meno non è gran cosa, e come abbiamo dimostrato, qui ve ne ha una che del resto di leggieri si spiega. Nel progetto era diversa da quella che è la disposizione del nostro primo paragrafo; essa dava forza di liberare all'annotazione scritta sul titolo da qualsiasi man, purchè, ed era ben giusto, il titolo non fosse uscito di mano del creditore (Fenet, tom. II, p. 193).

Allorchè si ridusse, si stimò bene doversi attribuire tale effetto all'annotazione scritta dal creditore, nè si osservò che per tal mutamento si doveano toglier le parole « *che sia restato presso di lui* » acciocchè non discordasse con la ragione e coi principi del Codice.

III. — Ma se è necessario, e per la ragione e per le diverse regole stanziate dal Codice, che si faccia astrazione delle parole che è *rimasto presso di lui*, è egualmente necessario e quindi si debbono pur togliere, almeno per certi casi, le altre parole *scritte dal creditore*? Certamente no; e si contraddirebbe il testo, e il suo spirito, insegnando, come fanno Delvincourt, Toullier, Duranton e Bonnier, che basterà una annotazione scritta da qualsiasi mano sopra un titolo rimasto sempre presso il creditore. La è questa una aperta violazione della legge, poichè abbiám veduto come i compilatori con riflessione e a fin di mutare la regola che dava effetto a qualunque annotazione, aggiunsero tre parole per volere una annotazione scritta dal creditore.

L'errore da noi notato è in vero strano e in Delvincourt, e negli altri tre scrittori.

Primieramente sappiamo che Delvincourt ammette, come Demante, doversi rigorosamente seguire le parole « *che è rimasto sempre presso di lui* ». Or come il celebre decano della facoltà di Parigi, riconosciuto il bisogno di togliersi quelle parole nel testo del paragrafo per lo inciso aggiuntovi, ha potuto conservar le parole della prima maniera, e che quindi

potevano esser state lasciate così per inavvertenza (come nell'art. 809 (128) in cui i compilatori, tolto uno dei due casi del progetto, lasciarono le parole, *nell'uno e nell'altro caso*), e togliere poi quelle appunto che si erano volute aggiungere?

L'errore di Toullier, Duranton o Bonnier è anche più strano. Imperocchè rispecchia quel di Delvincourt per lo studio dei lavori preparatori, mentre l'altro è chiaro in faccia al contesto del nostro articolo. Secondo i tre professori non si debbono assolutamente toglier via nè il primo nè il secondo inciso, e lasciarsi invece tutti e due come due specie di caviocchie che si tolgono e rimettono a piacere. L'atto è sempre rimasto in potere del creditore, ed ha una annotazione di altra mano? Allora le parole « *che è sempre rimasto presso di lui* » sono lasciate a bella posta ed invece sfuggito per inavvertenza l'inciso « *dal creditore* ». Al contrario, la annotazione è di mano del creditore e il titolo uscito di sua mano? Oh! allora i compilatori vollero attaccarsi allo inciso « *dal creditore* » e per inavvertenza sfuggirono le parole « *ch'è rimasto presso di lui* ». Ma in vero si fa troppo baratto delle più semplici regole della interpretazione. Si dica che per errore i compilatori han posto quello o questo insieme, ciò va; ma non è cosa da ammettersi cotesto giuoco che dà rosso quando non si vuol nero, e nero quando non si vuole rosso. Nell'articolo bisogna togliere qualche cosa, la sarà questa o quella; ma tolta che sia, non si rimetta più per togliere poi quello che fu conservato.

Lo ripetiamo, rispondendo in una volta a Delvincourt e agli altri tre scrittori: o il legislatore vuol che l'annotazione sia di mano del creditore o no: se no, è indispensabile che il titolo sia rimasto presso il creditore; se sì, sarebbe sragionevole e contrario alle altre regole del Codice, che si pretenda questa seconda enudizione, o allora il secondo inciso deve togliersi. Ora il legislatore vuol che la scrittura sia di mano del creditore, poichè unicamente a tal fine egli ha mutato la prima maniera del paragrafo.

È dunque necessario, e in tutti casi, che l'annotazione sia scritta dal creditore. E la legge in ciò sembra saviissima; perchè non potrebbe egli avvenire, che sebbene l'atto non sia mai uscito di mia mano, vi si fossero inserite da altri, e senza ch'io lo sapessi, alcune parole che enunciano la liberazione del debitore? La questione, per quanto ne sappiamo, si è presentata una sola volta innanzi i tribunali, e fu decisa nel modo che noi abbiamo detto (Colmar, 6 dic. 1816).

Del resto, il medesimo che dell'annotazione del creditore, vuolsi dire dell'annotazione del suo scrittore, o di colui che egli avrebbe incaricato di ricever per lui, confidandogli all'uopo il suo titolo, essendochè quel che fa un mandatario, è legalmente fatto dal mandante (vedi Metz, 23 frimaio anno 13).

IV.—Nè più giusta ci sembra la dottrina di Toullier, Duranton e Bonnier, allorchè insegnano che nel nostro secondo paragrafo debbansi cancellare le parole « *purchè il duplicato (o la quietanza) si trovi presso il debitore* ».

Essi suppongono, ma a torto, che la legge voglia qui parlare di un duplicato di qualsiasi originale di un atto, e quindi voglion conoscere il perchè la menzione dei pagamenti ricevuti, fatta dallo stesso creditore sul suo proprio duplicato, non farebbe prova, quand'anche egli lo abbia conservato presso di lui, del pari che la menzione posta sopra un semplice titolo.

Ma il nostro secondo paragrafo, come han benissimo compreso Delvincourt e Demante, e come è indicato dall'idea di quietanza aggiunta a quella del duplicato, intende parlare del duplicato che appartiene al debitore; parla dell'annotazione scritta dal creditore sul duplicato del suo titolo, e non sul suo proprio originale. La annotazione scritta sul suo originale (che il nostro articolo chiama suo titolo in contrapposto al *duplicato del titolo*) sarà regolata pei suoi effetti dal primo paragrafo che parla di qualunque titolo, senza distinguere fra l'atto fatto semplice e l'atto fatto in doppio. Poichè i nostri compilatori vol-

lero applicare il secondo paragrafo al duplicato che appartiene al debitore o ad una precedente quietanza di lui, ben si comprende perchè han voluto che il titolo, onde far prova di liberazione, fosse presso il debitore. « Altramenti, dice molto bene Demante, si potrebbe supporre che il debitore abbia restituito al creditore il suo duplicato o la precedente quietanza stante un pagamento da lui annunziato, onde preparare la nuova quietanza, e che questi la abbia ritenuto per non avere effettuato ancora il pagamento ».

Sorprende che Duranton e Bonnier nulla abbiano detto di così semplice interpretazione dei due colleghi, e fa più meraviglia che l'ultimo chiuda questo passo del suo libro, con dire positivamente che tutti i commentatori concordano in riguardare come se non vi fosse la parola *purchè*... e in seguire l'antica dottrina di Pothier, non ostante la contraria disposizione del Codice.

V.—Ecco in breve il significato del nostro articolo.

Quando le annotazioni non firmate, che enunciano pagamenti fatti dal debitore, sono o sull'atto semplice o sopra quel duplicato che è il titolo del creditore, fan prova per ciò solo che sono scritte di mano sua (ovvero del suo mandatario) senza riguardare se il titolo sia o no presso di lui. Quando

tali annotazioni sono sopra una precedente quietanza o sopra il duplicato del debitore, fan prova, purchè la scrittura sia del creditore, e il titolo in cui si trovi non sia presso di lui.

Del resto, fra i due casi evvi quest' altra differenza, che nel primo l'annotazione, benchè cancellata, sarebbe sempre efficace poichè la liberazione del debitore risulta dal solo fatto d'essere stata annunciata dal creditore in un modo qualunque, mentre nell'altro le raschiature toglierebbero naturalmente l'efficacia alla annotazione, facendo credere che dessa sia stata scritta nella speranza di un pagamento che non si è fatto.

Quanto alle annotazioni, che aggiunte sul titolo di un credito annunzierebbero un novello credito senza presentare alcuna firma, i nostri antichi scrittori (Boicau, p. 2, cap. 2, § 2; Danty, *ibid.*, Pothier, nn. 728-729) decidono con buona ragione, che esse possono fare prova se intimamente si riferiscono all'atto, come se Pietro in fine dell'atto, in cui riconosce di avergli Paolo prestato 600 franchi, scriva di sua mano: « Riconosco che il detto Paolo mi ha di nuovo prestato 200 fr. ». Nel caso contrario non potrebbero esser altro che principio di prova per iscritto.

§ 3.—Delle tacche.

1333 (1287).—Le tacche-corrispondenti a quelle di riscontro fanno fede tra le persone le quali costumano di comprare con

tal mezzo le somministrazioni che fanno e ricevono a minuta.

I.—Dicesi taglia una bucchetta spaccata nella sua lunghezza in due metà, di cui l'una resta presso il somministratore, l'altra presso il consumatore: la prima dicesi tagliu, l'altra riscontro o cuntroutagliu. Ad ogni somministrazione che si fa congiungonsi le due metà, e sulla bucchetta si fa un segno trasversale (detto *coches*); il numero dei segni indica la quantità delle cose somministrate. Questo mezzo di prova si usa soprattutto presso i fornai.

Presentandosi il riscontro e concordando

con la taglia, questa fa fede della quantità delle somministrazioni che si sono in quel modo comprovate.—Lo è questo, come abbiamo detto nel principio della nostra sezione, un principio di prova scritta, e quindi avrebbe forza se la somma eccedeva o no i 150 franchi, senza potersi opporre la disposizione dell'articolo 1341 (1295) ch'è propria per la prova testimoniale. La quale specie di scrittura, il qual particolare sistema di manifestazione per segni potrebbe anche alle volte acqui-

stare certezza di data rispetto ai terzi, potendo un riscontro suggellarsi e farsene menzione in un inventario che indichi i segni che vi si trovino.

II. — Se il riscontro presentasse meno o più segni della taglia, la somministrazione sarebbe provata fino alla concorrenza del numero dei segni comuni alle due metà, rimanendo gli altri del riscontro o della taglia, come se non fossero. Senza fallo, se il consumatore riconoscesse che per somministrazioni fatte si sono posti più segni nel suo riscontro, la pruova risulterebbe non dal riscontro, ma dalla confessione del debitore: ma se il consumatore negasse le pretese somministrazioni, nulla si proverebbe dal riscontro, perchè i segni si son potuti fare senza scopo, come per giuoco da un fanciullo. Dobbiamo dunque stare al testo dell'articolo, che vuole una taglia e un riscontro correlativo.

III. — La taglia presentata dal somministratore sarebbe senza alcuna forza probante, se il consumatore pretendesse non esistere riscontro, e non essergli stato nulla somministrato, ovvero le somministrazioni essere state da lui pagate in contanti? Noi crediamo di sì, non ostante la dottrina di Duranton (XIII, 235) e Bonnier (n° 611); dei quali il primo positivamente insegna, e il secondo ammette pure (benchè riconosca che così si va molto in là) che la taglia senza controtaglia debba valere quanto un registro di commerciante (articolo 1319 (1283)), e che il giudice possa per essa deferire il giuramento suppletorio. Non si può, secondo noi, accogliere costesta idea, sì perchè ciò che l'art. 1329 (1283) dice del giuramento pei registri

dei negozianti, non si ripete qui per la taglia senza il suo riscontro, e sì perchè in fatti la taglia non merita tanta confidenza quanto quei registri, intorno al tenere i quali la legge impone alcune regole speciali che qui non si danno. In questo caso adunque il somministratore potrebbe valersi della pruova testimoniale per provare, come vuole Toullier (VIII-408), la non esistenza del riscontro (il che lo farebbe governare dalla regola di cui parleremo) o per provare immediatamente, ove la somma fosse minore di 150 franchi, che realmente siasi fatta la somministrazione, e che lo avversario sia debitore.

Che si deve ora decidere quando, non essendosi esibito il riscontro, il somministratore provi che sia esistito, ovvero il consumatore confessi di averlo perduto, e poi aegli tutto o parte del debito che gli si domanda? Noi stimiamo che allora, tranne che non si provi la frode del somministratore, la taglia debba far fede; perchè il consumatore, nel caso stesso in cui egli spontaneamente riconosce che vi era una controtaglia, e sia vero che egli la abbia perduto, come allega, è sempre in colpa di non avere ultimato il conto col somministratore, e ricominciato una nuova taglia, perduto che ebbe il riscontro. Ciò decideva la Consuetudine di Tournai: « *en ce cas le ree (reus, il convenuto) est ajourné, si, avant qu'il ait la contre-taille de celle exhibée, est tenu à en faire exhibition, à défaut de quoy faire, la taille par le demandeur exhibée est tenue pour vérifiée* (art. 14 Dell'interp. ed estensione della Consuetudine (1)).

§ 4. — Delle copie dei titoli.

1334 (1288). — Le copie, quando esista il titolo originale, fanno fede soltanto di

ciò che si contiene nel titolo di cui può chiedersi sempre l'esibizione.*

I. — Non si tratta qui delle copie di scrit-

ture private; perchè il solo originale di

(1) Merlin (Rep., alla parola *Taglia*); Toullier (VIII-409); Duranton (XIII-234); Bonnier (n° 616).

* Le copie antiche estratte dagli uffiziali competenti fanno piena pruova secondo le antiche leggi,

e non sono alle medesime applicabili le disposizioni delle leggi civili. C. S. di Napoli, 9 gennaio 1827.

esse può far fede; ma delle copie rilasciate da un ufficiale pubblico, di atti autentici depositati presso di lui. Dippiù il nostro paragrafo s'intitola « Delle copie dei titoli »; la legge chiama titolo l'atto autentico, come si vede dalla rubrica dei due primi paragrafi intitolati uno: « Del titolo autentico », l'altro « Dell'atto sotto firma privata ».

Una copia che possa far fede, cioè una copia regolarmente rilasciata di atto autentico, trae la sua forza probante dal medesimo originale; nulla essendo per se stessa, diventa un titolo perchè si rapporta e conforma con quello. La copia adunque non può far fede, che quando si provi essere conforme all'originale, o tale si confessi dal silenzio di colui cui si oppone; e se costui, negando di esser conforme, chieda di esibirsi l'originale, ciò non può venirgli negato. Se non che può usarsi tal dritto quando l'originale ancora esista.

Si contraffà dunque alla legge giudicando, come fece una decisione di Bourges del 17 febbraio 1845, che si può soltanto chiedere la esibizione dell'originale, a patto di notare le differenze essenziali fra esso e la copia che si respinge. Costeta dottrina è pur contraria alla ragione come alla legge scritta: perchè come mai un convenuto potrebbe esser tenuto a no-

tare le differenze con uno originale, che forse non ha veduto nè potuto vedere, come avveniva appunto nella specie?

La decisione di Bourges non ha bene compreso la regola del nostro articolo, ritenendo che per ricorrersi all'originale fosse necessario allegare contro la copia qualche speciale motivo di sospizione, mentre basta il non volersene rimettere alla copia. Ciò è chiaro, dacchè il dritto di ricorrere allo originale deriva dal principio che la copia non è un titolo per se stessa, e lo diviene se lo avversario consente di averla come tale. « La copia non ha forza probante, diceva Luca di Penna, sebbene sia rilasciata dallo stesso notaro che ha ricevuto l'atto: *Copia non probat etiam quum extracta sit ab eodem notario rogato* » (Tr. de jud. cap. 77, § 34). Dippiù il nostro testo dice, che sussistendo il titolo può sempre chiedersene la esibizione. La esposizione dei motivi e la relazione al Tribunale spiegano l'articolo in questo medesimo senso assoluto ed esclusivo di qualunque condizione (Fenet, XIII, p. 297, 389); e Maleville, che fu uno dei compilatori, dice « *nulla provare la copia quando esiste l'originale, e una parte lo vuole esibito* » (Analisi dell'art. 1334 (1288)). Gli scrittori si accostano pure a cotai dottrina (1).

— Alle copie estratte dagli antichi processi si è sempre data la stessa fede che agli originali. C. S. di Napoli, 3 luglio 1827.

— Non è censurabile la decisione, che prestando fede alle copie legali di pubblici istrumenti, non inerisce alla domanda per la esibizione degli originali. C. S. di Napoli, 18 aprile 1848.

(1) Toullier (VIII-415 e 427); Delvincourt (I. II); Duranton (XIII-240); Bonnier (n° 243); Rig. sopra una decisione di Bourges, 9 nov. 1846 (Dev., 47, I, 55-63).

Farà senza dubbio meraviglia che una decisione di rigetto, non che l'altra che conferma la decisione della Corte di appello si fondino sopra un principio contrario. Ma in questo affare tutto doveva essere strano dal principio al fine. Si possono vedere o nella *Gazzetta dei Tribunali* dei 31 ottobre e 2 nov. 1845, o anche meglio nella memoria compilata per la Corte di Bourges da Demante e da me (e di cui feci un estratto nella mia terza edizione, pagina 73-83) gl' incredibili fatti segnalati in quella causa, e specialmente la moralità, e la condotta degli ufficiali pubblici dell'isola di Cuba, da cui emanavano gli originali sì gravemente sospetti, e che si volevano esibiti. Ora an-

che per una circostanza ben singolare, la camera dei ricorsi rigettava quello che noi dirigemmo contro la decisione di Bourges. Chiusa la discussione, senza la menoma contraddizione, nè il menomo dubbio intorno al fatto che gli originali non erano stati mai veduti in Francia, la Corte, ingannandosi sulle circostanze di una procedura di falso che avea preceduto la impugnata decisione, pronunziò il rigetto per essere stato accertato che in quella procedura di falso « tanto le copie che gli originali sono stati lunga pezza sotto gli occhi dei giudici e di tutti gl'interessati, e che sono stati diligentemente valutati ». Or per lo incontro era materialmente certo, che in quella procedura di falso (che la Corte di appello avea rigettato non volendo che più si continuasse) si erano vedute soltanto le copie; non un solo originale era stato mai presentato nè all'attore, nè ai magistrati; e la decisione profferita su tal procedura, non che quella impugnata, non avevano voluto ordinare nè di recarsi gli originali in Francia, nè di farsi una eccitatoria a Cuba. Per questo errore di fatto è stato rigettato il ricorso, tuttochè si fosse professato il principio di dritto, intorno a cui esso si rigirava.

II.—Dicemmo sotto l'art. 45 (47), la disposizione di questo e del seguente articolo non applicarsi agli estratti degli atti dello stato civile, i quali, purchè si *ritascino conformi* ai registri, cioè *dichiarati, certificati* tali dal depositario legale, in altri termini quando hanno la menzione: « *rilasciato conforme da noi...* » fan fede fino alla iscrizione in falso; nè l'avversario può domandare che si esibisca il registro. Quest'ultimo, essendo pubblici i registri, potrà prendere un estratto, affin di riscontrare quello che gli si oppone; potrebbe anche ottenere che si proceda innanzi alle due parti allo esame del registro, onde si raccerti esattamente lo stato dell'atto; potrebbe allegare il nostro arti-

colo per fare ordinare che si esibisca il registro al tribunale innanzi cui pende la lite.

La nostra dottrina è contraria a quella del più degli scrittori (1); ma già si sono a noi accostati parecchi giureconsulti, massime i compilatori del Repertorio del *Journal du Palais* (alla parola Atti dello stato civile), e la nostra dottrina è stata pienamente adottata da Bonnier (n° 744) e da Demolombe (I, n° 318).

Infatti bisogna riconoscere, nel sistema contrario, che gli estratti degli atti dello stato civile non sono governati dalla regola del seguente articolo; ma come mai lo sarebbero da questo quando tutti e due formano unico sistema?

1335 (1289).—Quando non esiste più il titolo originale, le copie fanno fede secondo le seguenti distinzioni.

1°. Le copie autentiche di prima spedizione fanno la stessa fede dell'originale.

La medesima regola si osserva per le copie che sono state contratte per ordine de' magistrati, presenti le parti, o chiamate nelle debite forme; o per quelle che sono state estratte in presenza delle parti, e di loro reciproco consenso.

2°. Le copie che, senza autorità del magistrato o senza il consenso delle parti, e dopo consegnate quelle di prima spedizione, sieno state estratte dalla matrice dell'atto del notaio che lo ha stipulato, o da uno dei suoi successori, o da uffiziali pubblici i quali in tal qualità son depositari delle matrici, possono, qualora fosse per-

duto l'originale, far fede, purchè sieno antiche.

Si considerano come antiche, quando abbiano più di trent'anni.

Quando abbian meno di trent'anni, non possono servire se non per principio di prova scritturale.

3°. Quando le copie estratte dalla matrice di un atto nol sieno state dal notaio che l'ha ricevuto, o da' suoi successori, o da uffiziali pubblici che in tal qualità sono depositari delle matrici, non potranno servire se non per un principio di prova scritturale, qualunque sia la loro antichità.

4°. Le copie di copie potranno, secondo le circostanze, esser considerate come semplici indizii.*

(1) Maleville (art. 45 (43)); Delvincourt (I, I); Duranton (I-199); Vazelle (*del Matr.*, I-199); Richelet (I-132); Zacharise (I-117).

* Merita censura la decisione che ritenga come nulla la copia senza data di un istrumento, solo perchè sia scritta in carta di bollo, la quale era in uso più di trenta anni prima. C. S. di Napoli, 13 settembre 1819.

— Certificata la inesistenza dei protocolli del 1797 e 1798, non può dimandarsi l'esibizione di un atto di quell'epoca, e fa fede la copia autentica dell'atto medesimo, quando non s'avi iscrizione in falso, nè cosa da arrestarne la efficacia. C. S. di Napoli 8 gennaio 1830.

— Un supposto cabbro composto di atti disparati fra loro, sprovveduti de' solenni voluti dalle leggi del tempo, e senza la sottoscrizione di un notaio, non può confondersi con gli atti ricevuti dai notai, cui accenna la prammatica dell'1804. Quindi non è per esso applicabile la massima *in antiquis verba enunciativa probant*, nè l'art. 1289 delle leggi civili, il quale è relativo soltanto alle copie estratte dalla matrice dell'atto autentico, qualora fosse perduto l'originale; copie corroborate dalla testimonianza scritta ed autentica dello uffiziale pubblico che assicura aver veduto quello originale ed averlo trascritto fedelmente. C. S. di Napoli, 21 dicembre 1832.

SOMMARIO

I. Quando non esiste più l'originale, il che deve essere provato dall'attore, la copia estratta da un pubblico ufficiale è più o meno efficace secondo i casi.

II. La copia fa piena fede in tre casi: si dissente

da Toulhier.

III. Può essere principio di prova per iscritto in altri due casi.

IV. Le copie delle copie possono dar solo indizi. Significato di questa regola. Eccezioni.

I. — Una copia di atto autentico, finché l'atto esista, non ha per sé stessa alcuna forza probante, ma la acquista con la tacita confessione del convenuto che ella sia conforme coll'originale; ma non è così quando non esiste più l'originale. Del resto, che l'originale più non esista dee provarsi da colui che vuole trar partito dalla copia; ma egli dee provare non già che l'atto sia distrutto in quel tempo e per la tal causa, ma solo che non si trovi più nel deposito ove dovrebbe essere, e che non si sappia se altrove esista (Rig., 10 novembre 1830; Rig., 19 novembre 1833).

Quando non esiste più l'originale, ovvero, ch'è tutt'uno, non si può trovare, la copia fa piena fede, o solo un principio di prova per iscritto, o è un semplice indizio secondo i casi.

II. — La copia fa piena fede, come lo stesso originale, in tre casi:

1° Quando essa è di prima spedizione. Si chiama *grosse* la spedizione in forma esecutiva, e si pareggia ad essa la prima spedizione non esecutiva (trattandosi di un atto che non poteva dar luogo ad azione, come un riconoscimento di servitù): il breve intervallo che separa la redazione della minuta dal rilascio della prima spedizione, è garanzia sufficiente intorno alla loro conformità. — **2°** Quando la copia è stata cavata dalla minuta dall'ufficiale depositario per ordine del magistrato, presenti o chiamate le parti; o quando lo è stata, anche senz'ordine del magistrato, alla presenza dei vari interessati e col loro consenso. Toulhier (VIII, 430, 431) riproducendo una dottrina di Dumoulin (Parigi glossa 1, § 8, n. 37) e di Pothier (articolo 3, § 1 e 2) insegna che questa seconda specie di copie, a differenza della

prima, farebbe fede soltanto fra le parti e loro aventi causa, e non rispetto ai terzi. È questo un errore, rigettato con ragione da Duranton (XIII, 244) e da Bonnier (numero 747). Senza dubbio una tal copia, secondo la ragione e secondo il testo del nostro articolo, potrebbe essere efficace contro quelle parti che non fossero state presenti o chiamate; ma adempite le condizioni volute dalla legge, cavata la copia dalla minuta col consenso di tutte le parti o chiamate tutte per ordine del magistrato, evvi la garanzia che si possa maggiore della sua esattezza, e perdutosi l'originale essa farebbe, come positivamente dice il nostro articolo, la medesima fede di una prima spedizione, che val quanto un originale. **3°** Quando la copia è stata tratta dall'originale, non nelle circostanze sopra indicate, ma sempre dall'ufficiale presso cui legalmente quello era depositato, e della quale la data rimonta ad oltre un trentennio. Se la copia non offre qui le garanzie di sincerità che nei due primi casi, ne porge un'altra che è la sua antichità, la quale fa venir meno ogni serio timore che siensi potuti colludere l'ufficiale che l'ha rilasciato e la parte che l'allega. Per formarsi un titolo falso non si pensa trenta anni prima.

Del resto; trent'anni bisogna contarli dalla data della copia, dal tempo in cui è stata fatta, e non già dalla data dell'atto originale che viene riprodotto da essa copia.

III. — Qualunque copia cavata dalla minuta, che non è in uno dei tre sopraccenati casi, può servir solo per principio di prova per iscritto.

Questa seconda regola comprende: **1°** le copie rilasciate da un pubblico ufficiale che non era il depositario legale della minuta

qual che si fosse la loro età. Ciò che avveniva spesso, può esser ben raro oggi che espressamente è vietato ai notari di spogliarsi, senza alcun pretesto, delle loro minute (legge di ventoso, art. 22). La regola si applica inoltre ad ogni copia che, non essendo una prima spedizione e non essendo stata fatta per ordine del magistrato, e chiamate le parti o alla presenza o col consenso loro, fosse stata estratta dal depositario legale innanzi che corressero i trent'anni.—Cotesta regola, si noti, per cui han forza di principio di pruova per iscritto le copie di cui è discorso, fa una eccezione ai principi adottati dal Codice, dappoichè, secondo l'art. 1347 (1301) evvi soltanto principio di pruova per iscritto nella scrittura che emana dalla parte contro cui si vuol provare. La quale eccezione era ben giusta, perchè la presunzione di conformità di una copia stesa da un pubblico ufficiale, è pari alla forza degli indizj risultanti da una semplice nota della parte avversa.—Le copie di cui trattiamo potranno far sì che i giudici si decidano con la pruova testimoniale (art. 1347 (1301)), e perciò anche con le semplici presunzioni (art. 1343 (1291)); le quali presunzioni suranno anche il solo mezzo per decidere, quando si ricorre alla pruova testimoniale per copie troppo antiche.

D'altronde, secondo il nostro testo, le copie possono essere principio di pruova per iscritto. Vedremo infatti nell'art. 1347 (1301) che fra gli elementi che formano il principio di pruova per iscritto evvi un fatto che valuterà necessariamente la coscienza dei giudici, e perciò è in facoltà di lui ammetterlo o no.

IV.—La terza ed ultima regola riguarda le copie che un pubblico ufficiale ha cavato non da una minuta, ma da un'altra copia. Le quali copie di copie non forma-

no nè una pruova piena nè un principio di pruova per iscritto, per cui potrebbe ammettersi la pruova testimoniale o le presunzioni; ma non sono assolutamente sforzate di forza legale, potendosi prendere come indizj.

Ma che cosa significa questa parola e qual sarà propriamente il grado di forza probante di quest'ultima specie di copie? Noi opiniamo che per tali indizj potrebbe il giudice deferire il giuramento suppletorio, se a lui sembrasse abbastanza grave la presunzione che risulta dalla copia prodotta. Da una parte l'art. 1367 (1321) faculta di ricorrersi a tal giuramento quando la domanda di una parte non è totalmente sforzata di pruova, qualunque sia la fonte d'onde il magistrato nella sua coscienza abbia trovato la verosimiglianza e la probabilità; questo è il grado ultimo di forza probante. Dall'altra è necessario si ammetta che l'ultimo paragrafo del nostro articolo abbia inteso dir qualche cosa, dichiarando che sarebbe permesso ai magistrati di attingere indizj nelle copie di copie; in questo modo si farebbe una differenza fra coteste copie, e quelle che emanerebbero dalle persone private le quali sono senza alcuna forza legale.

Del resto, alla regola posta qui per le copie di copie si fa eccezione nella disposizione dell'art. 844 (927) del Codice di procedura, per la quale si può cavare non solo da una minuta, ma da una spedizione depositata, un'altra spedizione esecutiva. La quale, benchè sia copia di copia, sarebbe governata non dalla nostra terza regola, ma dalla prima, e farebbe la medesima fede dell'originale o della prima spedizione perduta ch'è questa, poichè ella è pure una spedizione.

Nel seguente articolo vedremo un'altra eccezione alla nostra regola.

1336 (1290). — La trascrizione di un atto ne' registri pubblici non potrà servire se non per principio di pruova scritturale: ed anche per questo sarà necessario:

1° che sia certo di essersi perdute tutte

le matrici del notaio, di quell'anno in cui l'atto apparisce essere stato fatto; ovvero che si provi essersi perduta la matrice di tale atto per un accidente particolare.

2° che esista un repertorio del notaio, fatto regolarmente, donde apparisca che

l'atto fu fatto nella medesima data.

Quando nel concorso di queste due circostanze verrà ammessa la prova per mez-

zo di testimoni, sarà necessario che vengano esaminati coloro che furono testimoni all'atto, se tuttora esistano.

I. — Questo articolo, che riconosce un principio di prova per iscritto nella trascrizione di un atto perduto, sul registro del conservatore delle ipoteche, fa eccezione insieme, e alla regola, che principio di prova è una scrittura che emana dall'avversario, e all'altra, per cui il precedente articolo accorda tale effetto alle copie di originali, e non alle copie di copie. Infatti la trascrizione si esegue sempre sopra la spedizione dell'atto, non sopra la minuta; dunque è copia d'una copia; e Demante crede male che ciò sia una semplice applicazione del n° 3 del precedente articolo (*Programma*, II, 817).

Or la legge, essendo molto facile che per frode si faccia trascrivere un atto falso che poi si sopprima, non vuol che si ammetta la copia del registro del conservatore, come principio di prova per iscritto, che con due condizioni, facili a comprendersi per le quali si renda certo che l'atto ha esistito.

Oltre a ciò la legge chiede, ed era ben naturale, che ammetta la prova testimoniale, si odano sempre quelli che sono stati testimoni all'atto, se ancora esistano. Per disavventura questa bella precauzione diventò inutile colla strana legge del 24 giugno 1843; perocchè quali indizi potranno dare su questo o quell'atto dei pretesi testimoni che non vi hanno assistito, e di cui

la supposta presenza è una menzogna, oggi molto legale, del pubblico ufficiale? (*Ved. art. 1317 (1274), n° III*).

II. — Delvincourt e Duranton (XIII, 255) vogliono che il semplice registro dell'atto fosse, come la sua trascrizione, principio di prova per iscritto. Errore rigettato con ragione da Toullier (IX, 72) e da Bonnier (n° 754), e, come bene osserva il primo, « Duranton si confuta coi suoi propri ragionamenti ».

Infatti ritiene come noi (n° 246), che i nostri articoli, riconoscendo come principio di prova per iscritto le scritture che non emanano dalla parte avversa, fanno una eccezione, il che già basterebbe onde non si estendano oltre i casi preveduti; ed egli stesso fa per altro osservare (n° 255) che il valore del registro è minore di quello della trascrizione, essendo questa una copia, una riproduzione intera dell'atto, mentre l'altro ne fa una sommaria menzione. Per queste due ragioni si risolve chiaramente la quistione. — Il dotto professore è vero tira una lunga pagina per provare che la legge avrebbe potuto, e forse anche dovuto senza molto rischio, estendere al registro ciò che dice della trascrizione. Ma non è quistione di ciò che si sarebbe dovuto o potuto fare, ma di ciò che si è fatto (1).

§ 5. — Degli atti di ricognizione e di conferma.

I compilatori del Codice non sono stati realmente molto felici in questo paragrafo,

nè per la sostanza delle idee, nè per il loro ordine e processo.

(1) Una decisione di lìgetto del 16 febbraio 1837 (Dev., 1837, I, 642), dichiara bastare la registratura; ma è decisione di specie, la quale anziché rigettare il principio da noi esposto, sembra al contrario presupporlo vero. Infatti si fonda « sull'essere riconosciuto e accertato in fatto che il registro (stante la semplicità dell'atto che era una procura per riconoscere un figlio naturale) equivale nella specie ad una intera trascrizione, dacchè fa menzione letterale della data del nome del mandante

e dello oggetto dell'atto, e secondo i fatti riconosciuti veri, la Corte reale ha potuto nella specie non violando l'art. 1336 (1290), ammettere la prova per testimoni ». — Le altre decisioni del 30 novembre 1825, 22 febr. 1831 e 9 marzo 1833 invocano alcuna volta nel nostro senso, non risolvono la quistione, perchè si trattava di atti privati pe' quali non esistevano né potevano esistere le due condizioni volute dal nostro articolo.

Primieramente, quanto alla sostanza, nello art. 1337 (1291) viene riprodotta una regola sragionevole derivata da un grave errore di Pothier; regola che Demante tenta giustificare, ma che è stata censurata dagli altri molti interpreti, anche da Maleville che fu uno dei compilatori.

D'altro lato, il Codice incorre qui in una confusione evitata da Pothier, ponendo nella nostra materia *della pruova* gli atti di *ricognizione di una obbligazione*. Senza fallo l'atto con cui si vogliono toglier via i vizi di una scrittura anteriore, dello *instrumentum* irregolarmente steso (il quale atto si potrebbe pure chiamare di conferma) offrirebbe una quistione di pruova; ma gli atti con cui si vogliono togliere i vizi della stessa convenzione, ratificare una obbligazione che può annullarsi o rescindersi, dei quali atti soltanto si occupano gli art. 1338, 1340 (1292, 1294), non offrono una quistione di pruova, riguardando la sostanza stessa del dritto. Senza fallo pure le regole, secondo le quali deve stendersi l'atto che comprova la conferma, sono una quistione di pruova, per modo che il primo paragrafo del nostro artico-

lo 1338 (1292) poteva stare nel nostro capitolo, ma non se ne potrebbe giustificare il secondo e terzo paragrafo, nè gli art. 1339 e 1340 (1293, 1294) che trattano, non della pruova della conferma, ma della conferma in sè stessa. Le quali disposizioni tutte doveano comprendersi nella sezione del capitolo precedente, della nullità e della rescissione delle convenzioni. Pothier non avea parlato degli atti di conferma nella materia della pruova; Delvincourt li ha collocato alla fine dell'azione di nullità (capitolo 5, sez. 7, § 4); Zachariae, che secondo il suo disegno esclude dai primi quattro volumi della sua opera quanto concerne la pruova, e che tace quindi su tutto insieme il nostro capitolo, impiega un paragrafo intorno alla conferma delle obbligazioni (tom. II, p. 450, § 339); da ultimo Bonnier, che tratta solo delle pruove, si occupa degli atti di ricognizione (nn. 736, 744), ma non degli atti di conferma di una obbligazione. Può dunque far meraviglia che Demante, per lo estremo rispetto verso i testi del Codice, li riproduca qui senza alcuna censura od osservazione (nn. 818, 824).

I. Degli atti di ricognizione.

1337 (1291).—Gli atti di ricognizione non dispensano dallo esibire il titolo primordiale, se non quando il tenore di esso vi si trovi specificamente riportato.

Tutto ciò che contengono di più del titolo primordiale, o che vi si trovasse di

diverso, non ha alcun effetto.

Ciò non ostante, se vi fossero più atti conformi di ricognizione avvalorati dal possesso, ed uno di essi avesse la data di trent'anni, il creditore potrà esser dispensato dallo esibire il primordiale.*

SOMMARIO

- I. Che cosa sia un atto di ricognizione. È ingiusta la prima regola dell'articolo.
- II. Questa disposizione deriva da un errore di Pothier.
- III. I compilatori hanno anche fatto più grave lo

errore della dottrina di costui.

- IV. Pure si deve stare alle regole dell'articolo: Censura di Delvincourt e Duranton, Toulhier e Bonnier.

- V. L'atto, che è inefficace in quanto contiene alcun

*—Nella mancanza di un titolo primordiale enfiteutico, la riconoscenza nel contratto di compra vendita del peso come canone, non può elevarsi ad atto di ricognizione, a' termini dell'art. 1291, talchè debba aver luogo la devoluzione del fondo. C. S. di Napoli, 12 marzo 1846.

— Non può sconoscersi un diritto di proprietà

in altrui riconosciuto: nè sono applicabili al caso le disposizioni per gli atti di ricognizione e di conferma. C. S. di Napoli, 9 marzo 1852.

— La ricognizione del debito non giova, quando ha luogo dopo trascorso il periodo prescrittivo. 12 giugno 1852.

che di più oneroso, non lo è viceversa; del resto inefficace può esser solo l'atto semplicemente di ricognizione.

VI. Con qual mezzo spesso si schiva la ingiusta disposizione dell'articolo, che deve restringersi alla prova dei dritti personali.

I.—Le parole *atti di ricognizione*, cioè *atti che portano ricognizione* (o semplicemente *le ricognizioni*) potrebbero in generale adattarsi a qualunque scrittura con cui una parte riconosce il dritto di un'altra, dandogliene una prova; ma qui non hanno questo senso lato. Il nostro articolo parla, non degli atti pei quali si comprova per la prima volta un dritto, ma unicamente di quelli che, riferendosi ad una scrittura più antica, provano che si vogliono mantenere i dritti comprovati da quel primo atto. Pertanto gli atti di *ricognizione* stanno qui in opposizione agli atti *primordiali*.

L'atto di ricognizione, che mira a conservare lo stato anteriore delle cose, non deve quindi mutare i dritti e le obbligazioni preesistenti; e quindi il secondo paragrafo del nostro articolo è perfettamente razionale, dichiarando che ciò che nel titolo nuovo sarebbe diverso dal primordiale, rimarrebbe inefficace; ma non è del pari razionale il rimanente dell'articolo.

Infatti, quando in un atto formale alcuno si riconosce chiaramente obbligato verso un altro da più o men tempo, tal confessione dovrebbe essere perfettamente efficace, e la esibizione del nuovo atto dovrebbe fare intera prova senza ricorrere all'atto primordiale. Senza dubbio si possono pretendere alcune condizioni perchè sia efficace la ricognizione; si può volere che sia ben determinato non solo lo ammontare del debito, ma pur la sua causa, negando la forza probante ad una dichiarazione troppo vaga. Senza dubbio ancora, colui a cui si oppone un tale atto, potrà, come in qualunque altro caso, pretendere che vi sia stato dolo, violenza od errore; che il debito infatti non è mai esistito, o che è stato da lui soddisfatto e che egli non ha ritirato la ricognizione e insieme l'atto primordiale; ma checchè ne dica Demante (n° 819), qui come dappertutto, il debitore dovrebbe giustificare ciò che allega,

e distruggere la prova che risulta dall'atto da lui sottoscritto, e quando la riconoscenza è abbastanza esplicita, e la sua forza non è menomata da alcuna prova contraria, non vi ha ragionevole motivo per farle venir meno la fede dovuta a qualunque confessione.

E ciò fa il nostro articolo dichiarando che nei casi ordinari, e tranne solo quando l'atto di ricognizione riproducesse il tenore dell'atto primordiale, nulla provando l'atto di ricognizione, il creditore dovrà esibire il titolo originale, e se desso è perduto, egli non può più far la prova del suo dritto. D'onde mai può uscire una sì strana disposizione, una regola così poco conforme alla ragione? Essa deriva, come abbiamo già detto ed è stato dimostrato da Toulhier (VIII, nn. 474, 484 e nn. 313, 334), da un errore materiale di Pothier. Proviamolo.

II.—Gli antichi canonisti decidevano che le conferme (fatte dai Papi, dai Sovrani o da altri signori) dei privilegi dianzi conceduti non potevano, in generale, ed essendo concepiti nei termini ordinari, *in forma communi*. provare la concessione; che in principio, e tranne le speciali circostanze, tali atti dovevano ritenersi come dati dal superiore senza alcuno esame del dritto, come non aventi forza per se, ma perchè si riferivano all'atto primitivo di concessione che era quindi indispensabile doversi esibire; che similmente l'atto di conferma non poteva provare per sè solo, che quando era steso in modo da porgere qualche cosa di speciale *in forma speciali*, in termini manifestanti che la conferma davasi con conoscenza di causa, *ex certa scientia*, e quindi con l'intenzione di fare di quell'atto, ove fosse bisogno, un secondo titolo della liberalità. Quindi la esibizione dell'atto originario era necessaria quando la conferma era *in forma communi*, non già quando *in forma speciali*, *ex certa scientia*: ma bisognava conoscere, segai di cotesta ultima conferma. Dopo lunghe di-

spute si disse doversi come tale considerare quella in cui si era riferito il tenore dell'atto di concessione. La dottrina dei canonisti intorno a tali conferme feudali era dunque questa; che la conferma fatta *communiter*, cioè non riproducendo il titolo di concessione, nulla provava, e che aveva forza probante la conferma data *ex certa scientia*, *specialiter* cioè con copia del titolo primordiale. Cotesta dottrina era divenuta generale ai tempi di Dumoulin, ed egli la riprodusse nel suo *Commentario della consuetudine di Parigi* (§8, n. 88). Certamente egli l'applicò, come sempre si era fatto, alle conferme feudali, cioè alle ricognizioni, date da un signore al suo vassallo, di privilegi dianzi conceduti; e trattando di tutte le altre ricognizioni insegnò, come per lo innanzi praticavasi, che elle facevano piena fede mancando il titolo primordiale. Così per esempio, parlando (n° 88) del vassallo che avrebbe accettato una conferma che lo diceva soggetto ad alcuni dritti rispetto al signore, egli dice, che se il vassallo pretende non esservi soggetto *dotrà provare lo errore* della ricognizione da lui sottoscritta (perchè se l'atto è una conferma del signore al vassallo, non ha più tal carattere ed è solo una ricognizione ordinaria del vassallo al signore); *teneatur probare et docere de errore ricognitionis*. Così pure nel suo trattato *De Usuris* (n° 210) dice, che la ricognizione di un dritto di rendita fa per se stessa piena prova del dritto riconosciuto: *Ipsa ricognitio seu confessio juris redditus in se plenam fidem facit de jure confesso*. La differenza che sotto questo riguardo esiste fra le conferme o ricognizioni feudali del signor benefattore verso il suo vassallo, e le ricognizioni ordinarie di un debitore verso il suo creditore, è anche notata più specialmente nei numeri 86 e 88 del suo *Commentario della consuetudine*; perchè avendo detto nel numero 86 che le ricognizioni erronne fan pure piena prova finchè non si dimostri l'errore, incomincia il n° 88 con dire che non è così per le conferme, *secus de confir-*

mationibus.

Pothier, tolta senza matura riflessione una sola frase di Dumoulin, tenne per un principio generale e comune a tutte le ricognizioni la regola scritta specialmente ed esclusivamente per le conferme « Dumoulin, egli dice (parte 4, cap. 1, art. 4), distingue due specie di titoli di ricognizioni; quelle che sono nella forma ch'egli chiama *ex certa scientia*, e quelle che si chiamano *in forma communi*. Le ricognizioni *ex certa scientia*, che egli chiama pure *in forma speciali*, sono quelle in cui è riferito il tenore del titolo primordiale; e valgono quanto quest'ultimo, se mai fosse perduto, dispensando in tal caso il creditore dallo esibirlo. Le ricognizioni *in forma communi* non confermano il titolo primordiale che quando è vero; non ne provano l'esistenza nè dispensano il creditore dal presentarlo ».

Così Pothier, credendo riprodurre la dottrina di Dumoulin, espone come propria per le ricognizioni ordinarie una regola che riguardava solo le conferme feudali.

Ciò fa tanto più meraviglia che, leggendo poche linee più sù, avrebbe veduto che il passo da lui citato tien dietro ad una regola tutta diversa, stabilita per le ricognizioni ordinarie, e che incomincia con le parole; *secus de confirmationibus*. Nè meno poi sorprende l'aver fatto una citazione inanca di un altro passo di Dumoulin, fermantosi a metà della frase, e propriamente alle parole che provano il contrario di ciò ch'egli dice. « Del resto, egli continua, nel par. 48, glossa 1, n° 18 Dumoulin dice in generale delle ricognizioni che *non interponuntur animo faciendae novae obligationis, sed solum animo recognoscendi; unde simplex titulus novus non est dispositivus* ». Gli è vero che Dumoulin dice, e con ragione, che con le ricognizioni riconoscendosi una obbligazione preesistente, e non già creandosene una nuova, elle non son quindi dispersive; ed essendovi differenza fra la ricognizione e l'atto primordiale, bisogna a questo attenersi; ma noi sappiamo pure aver Dumoulin chia-

ramente insegnato che la ricognizione fa prova contro il debitore fino a che costui abbia esibito il titolo primordiale, af- fin di distruggere la prova che da quella risulta; e Pothier, che avrebbe potuto ben convincersene con altri venti passi di Du- moulin, l'avrebbe anche veduto con la frase stessa da lui qui riprodotta, se avesse preso le parole che seguono quelle ove egli si ferma. Infatti Dumoulin, avendo detto che la ricognizione non può recare una novella obbligazione nè ha forza dispositi- va, immediatamente soggiunge, che ha for- za dichiarativa, cioè *forza probante*, e che se non produce alcuno nuovo effetto ri- guardo alla sostanza dell'obbligazione, ne produce uno *riguardo alla prova* e alla forza esecutiva: *Unde simplex titulus no- rus non est dispositivus* (Pothier qui si ferma), *SED DECLARATIVUS SEU PROBATIVUS... nec aliquid de novo inducit circa sub- stantiam obligationis, SED BENE CIRCA PRO- BATIONEM ET VIM EXECUTIVAM.*

I compilatori adunque commisero un gros- so errore di fatto, stimando che appartenesse a Dumoulin la dottrina attribuitagli da Po- thier, e che riproducesse l'antico dritto; coll'animo di conservare così una regola da tempo stabilita, stanziarono al contrario un novello principio nato solo nella ima- ginazione di Pothier. La Corte di Lione ha commesso lo stesso errore, ma meno scu- sabile dopo il lavoro di Toullier, giudican- do con la sua decisione degli 8 dicem- bre 1838 (Devill., 39, II, 538) che secon- do gli antichi principj, non che secondo il nostro art. 1337 (1291), vuolsi il titolo pri- mordiale riprodotto nell'atto di ricognizione.

III. — Adunque a torto il Codice nega la forza probante ad ogni atto di ricogni- zione fatto in forma ordinaria, accordandola a quello che riproduce il tenore del titolo primordiale o ad una serie di atti di ri- cognizione conformi, accompagnati dal pos- sesso, uno dei quali rimonterebbe a trenta

anni.

Intorno a ciò i compilatori, senza forse notarlo, hanno anzi rincarato sulla dottri- na di Pothier; perchè costui accordava lo effetto di far prova (salvo al debitore di distruggere la prova esibendo il titolo pri- mordiale) o a parecchi atti conformi di ri- cognizione di cui uno solo fosse antico, o ad un solo atto di ricognizione che fosse antico e accompagnato dal possesso, men- tre il nostro ultimo paragrafo attribuisce tale effetto all'atto di ricognizione antico (cioè di trent'anni) che sia ad un tempo avvalorato dal possesso, e accompagnato da uno o più atti conformi di ricognizioni. Così il Codice ammette l'eccezione per l'atto antico di ricognizione con le due circostanze riunite, di cui una sola bastava secondo Pothier (1).

In faccia a regole così poco logiche non dee far meraviglia che il medesimo Ma- leville, uno dei compilatori, sebbene rite- nesse che la estensione del sistema delle conferme feudali agli atti di ricognizione ordinarj si fosse fatta dal nostro antico dritto, da contro il nostro articolo. « Tutto ciò, egli dice, era buonissimo, utilissimo ri- guardo ai censi e ai feudi; ma è dubbio se tali regole sieno ugualmente giuste ri- guardo agli altri crediti. Una ricognizione è una confessione, e la confessione dello avversario è la più bella delle prove. Per provare il mio credito vi vuole altro che la confessione del mio debitore? — Senza dubbio, se il debitore esibendo il titolo primordiale prova che la somma dovuta sia minore di quella che si esprime nella ricognizione, bisogna attenersi al titolo; ma non deve egli il debitore provare che vi è difatti un dì più nella ricognizione? »

IV. — Del resto, per quanto sia poco lo- gica la disposizione del nostro articolo, è dessa scempe obbligatoria, *dura lex sed lex*; e quindi non potremmo accostarci alla dottrina di Delvincourt, seguita da Duranton

(1) Dunque la Corte di Pau con una decisione del 30 gennaio 1828 aveva mal giudicato che la necessità di parecchie ricognizioni fosse un prin- cipio nato già sotto l'antico dritto, dal quale do- vevano essere governate le specie regolate dalle

leggi anteriori del Codice: dippiù questa Corte ha pure riconosciuto il suo errore con una decisione del 15 agosto dello stesso anno, confermata in cas- sazione il 29 gen. 1829.

(XIII, 263) secondo cui la ricognizione, per aver forza probante, non deve riferire il tenore del titolo primordiale, che quando si oppone a terze persone, ma non quando è allegata contro lo stesso debitore o suoi eredi, la qual distinzione è troppo arbitraria nè può essere ammessa.

Non potremmo nemmeno seguire, sebbene contraffaccia meno apertamente alla legge, la dottrina di Toullier (X, 334) adottata da Bonnier (n° 738), per la quale basta la semplice menzione della sostanza dell'atto primordiale. Se incombe al giudice reconsulto di censurare le cattive disposizioni, egli deve però accettarle francamente nel senso che il legislatore ha voluto dar loro. Ora il medesimo Toullier dice: « È molto verosimile, pare anzi certo che, nella mente degli autori del Codice che ebbero sotto gli occhi Pothier da loro copiato, e i passi di Dumoulin da cui furono tratti in errore, le parole *il tenore specialmente riferito* si riferiscono alla conferma speciale dei canonisti, per cui bisognava si riferisse *ad longum* tutto il tenore del titolo, *inserto toto tenore tituli* ». Nè la volontà del legislatore si rivela soltanto dai precedenti del nostro articolo, ma anche dal raffronto del nostro col seguente, secondo il quale basta che nell'atto di conferma si trovi la sostanza dell'obbligazione, mentre qui si vuole *riferito il tenore del titolo*. Or come mai non potrebbe tenersi ragione della volontà della legge che è così certa (1)?

V.—Ecco dunque le due regole che risultano dal nostro articolo:

L'atto di ricognizione di un debito già comprovato da un titolo precedente, non fa prova del debito, nè dispensa il creditore dall'esibire il titolo originale, tranne in due

casi: 1° quando contiene la intera copia del titolo; 2° quando la ricognizione che porta la data di trent'anni in su sia avvalorata dal possesso e da uno o più altri atti di ricognizione conformi a quella. — Ma certamente tal pruova si fa, salvo il diritto del debitore di provare che il debito sia minore di quel che si dice nella ricognizione o nelle ricognizioni; e questa nuova pruova che distrugge la prima, risulterebbe abbastanza dal titolo primordiale, contro il tenore di cui i titoli di ricognizione, per quanto siano molti ed antichi, non possono mai prevalere; mirando solo a provar nuovamente e a conservare le disposizioni già stabilite, e non già a formarne delle nuove: *non sunt dispositorii sed tantum probatorii*.

Intorno a questa seconda regola, tanto logica per quanto poco lo sia la prima, bisogna fare due importanti osservazioni. La prima è, che l'atto di ricognizione perde il suo valore in faccia e con la contraddizione dell'atto primordiale, per ciò che contiene di più, e non già per ciò che sarebbe un mutamento in meno. La seconda è, che la regola si applica unicamente all'atto che realmente è di ricognizione.

Così dapprima, quando uno o più atti di ricognizione mi fanno debitore della somma di 900 franchi, mentre per il titolo originario lo sono di 800, non si tien ragione dei cento che sono di più negli atti posteriori.—Parimente, se l'atto di ricognizione mi fa debitore di una prestazione annuale di 12 botti di vino; mentre il titolo primordiale che io esibisco parla di 12 fogliette, io sarò liberato dall'obbligo *diverso* e più grave indicato dal secondo atto. Se poi al contrario l'atto di ricognizione portasse una quantità minore, o una cosa di-

(1) Bonnier cita a torto, in sostegno della dottrina di Toullier, una decisione di rigetto degli 11 giugno 1831 (Dev., 33, 1, 763). La quale soltanto dice, e con ragione, non potersi cassare una decisione della Corte di appello, quando ha dato forza probante ad una ricognizione dopo aver dichiarato che le enunciazioni contenute in esso atto di ricognizione bastano per costituire la *relazione del tenore del titolo*. Infatti gli è questo un punto di fatto che sarà valutato dalle Corti di ap-

pello. — Per quanto riguarda le regole che dovranno seguire coteste Corti per fare la valutazione, noi ammettiamo, come era stato deciso nella specie dalla decisione di Nancy, non potersi pretendere in rigore una copia testuale e integrale; ma è altro la *relazione del tenore di un atto*, anche intesa in un senso non molto rigoroso, altro la indicazione sommaria dello *ammontare del debito e della data dell'atto primordiale*, che da Toullier fu dichiarato sufficiente.

versa in meno, ben potrebbe avvenire che il titolo primordiale non la vincessse, come se si fosse compiuta la prescrizione. In questo caso non ci vorrebbe più l'atto perchè si recasse in effetto la liberazione in parte del debitore; ma sarebbe abbastanza provata quando il debitore proverebbe, colla sola esibizione delle sue quitanze, che da trent'anni egli ha pagato sempre il debito minore; e non quello maggiore che presenta l'atto primordiale.

Quando dunque il nostro secondo paragrafo dichiara senza effetto ciò che le ricognizioni contengono di più del titolo primordiale o ciò che vi si trova di *diverso*, intende solo parlare di ciò che sarebbe diverso in più; perchè ciò che sarebbe diverso in meno potrebbe valere per la prescrizione. Ciò risulta chiaramente dal passo di Pothier ove si è copiato: « Se con la ricognizione il debitore è riconosciuto obbligato a qualche cosa di più o di diverso, esibendo il titolo primordiale e facendo conoscere l'errore, egli ne sarà liberato... quando pure l'errore fosse ripetuto in lunga serie di atti di ricognizione... Se le ricognizioni al contrario han riconosciuto per meno di quello che non sia nel titolo, e rimontano a trent'anni, il creditore, esibendo il titolo primordiale, non potrà pretendere più di quello che è espresso nelle ricognizioni, essendosi il dipiù acquistato con la prescrizione (1) ».

Diciamo inoltre, che il nostro secondo paragrafo si applica solo agli atti che sono realmente e rigorosamente di ricognizione, perchè se non ostante la qualificazione data all'atto e i termini usati, il giudice riconosceva in fatto che le parti abbiano voluto modificare più o meno la loro condizione, e innovare uno o più punti, il

titolo certamente non sarebbe solo di ricognizione, ma primordiale; *non tantum probatorius sed dispositivus*, nè sarebbe più governato dalle regole del nostro articolo.

VI.—Quest'ultima osservazione ci fa indicare un mezzo più legale di quelli presentati di sopra da Delvincourt e Toullier, ed insieme più efficace, onde evitare la iniqua disposizione del nostro articolo. Esso è, che i tribunali potranno sempre decidere in fatto che l'atto, benchè sia qualificato per ricognizione, ha mirato non solo a riconoscere e conservare l'antico titolo, ma a sostituirlo. In tal caso l'atto, secondo la intenzione delle parti riconosciuta in fatto dal giudice, è un secondo atto primordiale non meno del primo, che le parti potevano voler soppresso, e il nostro articolo non poteva affatto applicarsi.

Un'ultima osservazione; ed è che il nostro articolo, dettato per la pruova delle obbligazioni, si dovrà solo applicare alla pruova dei dritti puramente personali e non mai dei dritti reali. Così ha verosimilmente voluto il legislatore, poichè il nostro articolo parla della esibizione del titolo primordiale fatta dal *creditore*, e secondo l'art. 695 (616), il titolo di ricognizione può in tutti i casi, senza speciale condizione, sostituire il titolo costitutivo per quanto riguarda le servitù. Ma fosse anche ciò dubbio, basterebbe, a giustificare il nostro modo di decidere, l'avere il nostro articolo derogato al dritto comune, e deve quindi restringersi per quanto è possibile.

Del resto, se la ricognizione che non riferisce il tenore del titolo primordiale, non fa pruova legale del debito nè dispensa il creditore dal riferire il titolo primordiale, non è senza alcun valore e varrebbe sempre ad interrompere la prescrizione.

(1) Qui facciamo dire a Pothier: « *se gli atti di ricognizione risalgono a 30 anni* ». Non è questa la sua frase, e noi abbiamo qui modificato la sua maniera di esprimere che potrebbe presentare una idea non molto esatta. Egli dice: « *se vi sono più atti di ricognizione conformi e che risalgono a 30 anni* ». Potrebbe credersi che, onde il titolo primordiale non abbia efficacia contro il debitore per quanto contiene di più, sia insieme necessario e

che vi siano più atti di ricognizioni conformi, e che fossero corsi trenta anni. Ciò sarebbe un errore, poichè come abbiamo detto e come fanno anche osservare Duranton (n. 262) e Bonnier (numero 740), il debitore allora si libera in parte per effetto della prescrizione; per forma che è indifferente che vi siano più atti di ricognizioni ovvero un solo (od anche nessuno).

2. Degli atti di conferma.

1338 (1292).—L'atto di conferma o ratifica di una obbligazione, contro la quale la legge ammette l'azione di nullità o di rescissione, non è valido, se non quando vi si trovi espressa la sostanza della obbligazione, il motivo dell'azione di rescissione, e la volontà di correggere il vizio su cui tale azione è fondata.

In mancanza di atto di conferma o ratifica basta che l'obbligazione venga ese-

guita volontariamente dopo l'epoca in cui l'obbligazione stessa poteva esser validamente confermata o ratificata.

La conferma, ratifica o esecuzione volontaria nell'epoca e nelle forme determinate dalla legge, produce la rinunzia a' mezzi ed alle eccezioni che potevano opporsi contro tale atto; senza pregiudizio però del dritto delle terze persone.*

SOMMARIO

I. Che cosa è la conferma delle obbligazioni: Non può confermarsi una obbligazione che non esiste: Errore di Merlin, Delvincourt, Toullier e Duvergier.

II. Si possono confermare le obbligazioni naturali: errore di Zachariae.

III. Delle due specie di conferma, espressa e tacita.

IV. Della prova della conferma.

I. — I compilatori, come abbiain fatto osservare, confondono qui nel trattare della prova, le regole intorno alla natura e agli effetti della conferma delle obbligazioni con le regole secondo cui la conferma può provarsi.

Confermare l'obbligazione importa toglier via i vizi che avrebbe, non facendo valere le cause di annullamento contro di essa. Non si possono dunque confermare se non le obbligazioni che si possono annullare, e non quelle che sarebbero propriamente nulle, non esistenti. Ciò che non esiste non si può fortificare, ristorare, avvalorare in un modo qualunque: il niente non può esser confermato, come non distrutto: *quod nullum est confirmari nequit*. Fa mera-

viglia che Merlin (Quistioni, alla parola *Ratifica*), Delvincourt, Toullier (VI, 180) ed anche l'annotatore di costui, Duvergier, (non ostante la luce che in questi ultimi tempi si è sparsa intorno alla materia delle nullità) non avendo ciò compreso, abbiano tutti confuso l'azione per cui si vuol far riconoscere e *comprovar* la non esistenza di un atto, con quella per cui si vuol *fare annullare* un atto *esistente*, ed abbiano insegnato potersi ratificare l'obbligazione propriamente nulla, non meno che quella la quale può annullarsi! Il nostro articolo non ammette, nè lo poteva, la conferma, se non per le obbligazioni per le quali concede la legge le azioni di nullità o di rescissione (1). Or nel principin della

*—La esecuzione volontaria di un atto non rende inammissibile l'azione contro l'atto medesimo, quando o non sia ancora conosciuto il vizio della obbligazione, o non sia ancora esercibile l'azione di nullità o di rescissione. C. S. di Napoli, 23 dicembre 1818.

—La semplice ricezione delle polizze di pagamento non importa accettazione del loro contenuto, quando prima di ritirarsi le somme dal banco siasi fatta protesta e riserva di ogni diritto, ragione ed azione per lo conseguimento del dippiù dovuto. Ciò dimostra la non acquiescenza al pagamento ricevuto. C. S. di Napoli, 11 luglio 1830.

—La copia di un atto steso sotto l'impero delle antiche leggi, ad oggetto di confermare una dona-

zione fatta con altro atto antecedente, non è nulla come atto confermativo, e quantunque non contenga le circostanze volute dagli art. 1292, 1293, 11. cc. perciocchè i principi stabiliti con questi articoli non sono applicabili alle donazioni fatte sotto l'impero dello antico diritto; nè come atto probatorio per essere stato estratto dal bastardello, e non dal protocollo, poichè giusta gli antichi regolamenti quello avea più valore di questo. C. S. di Napoli. 19 luglio 1838.

(1) Giudicato che la regola si applica agli atti che possono impugnarsi per lesione. Nicorso, 22 febr. 1854 (J. P., 1854, tom. I, p. 404). — Vedi anche cassaz. 3 maggio 1852 (J. P., 1852, tom. II, p. 129).

sezione dell'azione di nullità, abbiamo provato che l'azione non può esistere, nè infatti esiste, che solo per le obbligazioni *le quali possono annullarsi*.

Il non potersi confermare le obbligazioni che sono radicalmente nulle, è stato chiaramente riconosciuto al tempo dei lavori preparatori, nè la volontà del legislatore potrebbe intorno a ciò essere dubbia. Infatti l'articolo tale qual'è fu adottato su la seguente osservazione del Tribunale. « Si osserva che nulla vi è di più incerto della redazione precedente. Ciò sarebbe una sorgente d'arbitrio ed incertezza... Fa di mestieri di una disposizione concepita in guisa che ben chiaramente si conosca la differenza tra le nullità irreparabili, e quelle che possono riparare ». Quindi, dati come esempi di atti che *giammai possono esser validi, perchè considerati dalla legge come se non fossero mai esistiti*, l'obbligazione di un fanciullo che non abbia ancora attinto l'età della ragione, e di colui che avrà contratto per una causa illecita, si aggiunge: « Non è il medesimo delle obbligazioni contratte dal minore, dall'interdetto, o dalla donna maritata, imperocchè la legge non le dichiara radicalmente nulle (Fenet, t. XIII, p. 167) ». Per tale osservazione il nostro articolo è stato in modo redatto da faro intendere che può confermarsi l'obbligazione *contro cui la legge ammette l'azione di nullità o di rescissione*, e non già quella che, non avendo legale esistenza, resta sempre inefficace senza che si impugni in un termine stabilito. Di poi la relazione del Tribunale, avendo discorso delle quistioni sorte intorno a ciò nell'antico dritto, aggiunge: « Una idea vera e semplice si è il potersi confermare e ratificare ciò che realmente ha esistito (*ibid.*, p. 334) ». La giurisprudenza ha egualmente condannato il contrario errore (1). Così, in tutti i casi in cui la convenzione, sia per mancanza di consenso, sia per una causa falsa od illecita, sia altrimenti, non si sarà formata, non si può parlare di conferma; sarebbe del tutto come

non avvenuta la pretesa conferma dichiarata falsa dal debitore; e l'unico mezzo di arrivare allo scopo, mezzo d'altronde molto semplice, sarebbe di stabilire una nuova obbligazione. Questo noi abbiamo provato specialmente per le obbligazioni aventi una causa illecita, spiegando l'art. 1304 (1258), n° IV, par. 3, in cui si è notato l'errore di Toullier, Duvergier e Zachariae. Tale errore è tanto più certo, quanto le osservazioni che hanno fatto mutare il nostro articolo, presentano appunto, come chiaramente si vede, il caso di cause illecite come dei più forti tra quelli che non si possono confermare.

Fra le obbligazioni non esistenti che non possono essere confermate, ma soltanto nuovamente fatte, si trovano eziandio quelle che si vorrebbe far risultare da un atto non firmato dalle parti come si è detto nell'art. 1318 (1272), n° III, *in fine*.

II. — Debbono pareggiare alle obbligazioni non esistenti, e dichiarare non suscettive di ratifica, le obbligazioni semplicemente naturali? Zachariae (II, p. 451) insegna l'affermativa, che sembra esser pure consecrata implicitamente da una decisione di rigetto dei 25 ottobre 1808; ma Toullier (VI, 291) professa la negativa, e così deve infatti risolversi la quistione.

L'obbligazione naturale, mal compresa da assai tempo, è quella che la legge civile, negatale prima la ordinaria efficacia, sanziona poi per qualche circostanza che contiene per parte del debitore la confessione del valore reale del debito (articolo 1233 (1188) numero II). Or non esiste la confessione del debitore nella conferma della sua obbligazione? Come non potrebbe confermarsi l'obbligazione naturale quando al dir di tutti, e dello stesso Zachariae (II, pagina 390) ella è perfettamente suscettiva di novazione? Ben si comprende che la giurisprudenza non abbia ciò ben compreso nel 1808, quando non si era ancor fatta una idea giusta della naturale obbligazione; che ella si sia mostrata severa in riguardo alle obbligazioni naturali, e re-

(1) Specialmente: Rig., 9 giugno 1812; Bordeaux, 24 dic. 1814 (Dev., 14, 2, 356).

stringendone gli effetti per quanto è possibile, abbia posto in tal classe le obbligazioni anche proscritte dalla legge come contrarie all'ordine pubblico; ma oggi che la vera indole di tale obbligazione è stata riconosciuta da numerose decisioni, non potrebbe la nostra dottrina incontrare alcuna difficoltà presso i tribunali.

In sostanza e per parlare rigorosamente, si dà sempre effetto ad una obbligazione civile, e la obbligazione naturale, che resta inefficace e legalmente inesistente finchè riman tale, non acquista valore, nè è riconosciuta se non diventa una obbligazione civile. Il dualismo che esisteva in Roma fra l'obbligazione civile e l'obbligazione naturale non esiste, nè poteva, nel nostro Codice; sebbene esista fino ad un certo punto nelle parole. Finchè una obbligazione che esiste naturalmente, cioè nella coscienza e secondo le regole dell'equità, non esiste in dritto unicamente perchè il legislatore ignora che esista in coscienza; quando egli la crede valida secondo equità, la dichiara valida in dritto, e quindi è dessa una obbligazione civile. Ma qual cosa meglio della ratifica regolare fatta dal debitore può manifestare il valore che l'obbligazione aveva secondo equità?

Tonllier dunque con molta ragione dice, che « un atto di conferma conferisce ad una obbligazione naturale tutta la forza di una obbligazione civile ». Cotesta dottrina è censurata da Zachariae (II, p. 259) il quale pretende che l'obbligazione naturale, anche volontariamente eseguita dal debitore, non si muta in obbligazione civile; dandone per motivo che per la esecuzione volontaria di una parte dell'obbligazione, il debitore non potrebbe esser costretto dal creditore ad eseguire l'altra parte. Esattissima è questa idea; ma non esce dal preteso principio da cui vuole trarla Zachariae; bensì da quell'altro principio ben semplice, che se l'esecuzione prova che sia reale il debito, e lo rende civile, produce tale effetto nei limiti nei quali ha luogo. Quando Pietro pretende che io gli debba 1,000 franchi, e senza che io possa esser costretto a pagargli nulla, gliene pa-

go 600, riconosco con ciò dovergli 600 fr. ma non già gli altri 400. La esecuzione volontaria non meno che la formale ratifica e la novazione debbono certamente aver effetto nei limiti nei quali ha luogo, ma rende necessariamente civile la obbligazione che prima non lo era. Ciò è chiaro, perchè alla fine, se i 600 franchi da me pagati non fossero dalla legge riconosciuti come da me dovuti, io potrei ripeterli come un indebito. Ma se la legge positiva, il *dritto civile*, li dichiara dovuti, lo sono dunque *civilmente*; il debito si è provato debito civile col pagamento da me fatto, con la confessione che il debito è vero fino alla concorrenza di 600 fr.

La conferma dell'obbligazione naturale varrà dunque come la sua novazione; se non che si potrebbe dire, che a parlar rigorosamente non è in tal caso esatto il linguaggio, avvegnachè la conferma propriamente detta sia la rivalidazione di una obbligazione viziosa, ma che civilmente esiste; mentre la conferma di cui trattiamo fa che civilmente esista una obbligazione che la legge non faceva esistere per un errore che si riconosce con la confessione del debitore. Ma è sempre vero che le cause, le quali possono confermare l'obbligazione civile che può annullarsi, possono pure vivificare la obbligazione naturale.

III.—La conferma è espressa o tacita. Espressa quando vi è la dichiarazione formale del debitore; tacita quando risulta da qualunque circostanza che manifesti la volontà del debitore di render valida una sua obbligazione che poteva annullarsi.

La circostanza più efficace è certamente la esecuzione stessa dell'obbligazione, purchè si faccia col riconoscere il vizio della obbligazione e col fine di toglierlo di mezzo. Infatti tal condizione è necessaria tanto nella conferma tacita che nell'espressa, e una esecuzione fatta nella ignoranza che si possa fare annullare, non potrebbe costituire una rinunzia a tal dritto. Ciò che per se è chiaro, vien riconosciuto dalla giurisprudenza (1).

(1) Rig., 5 dic. 1826; Grenoble, 8 maggio 1835;

È necessario inoltre che la esecuzione o qualsivoglia fatto da cui si vuol trarre la ratifica, o in fine la dichiarazione che si pretende fare una espressa conferma, si sieno fatte in un tempo in cui il debitore aveva tutta la sua capacità, ed altresì senza alcuna delle cause che fanno annullare le convenzioni, poichè senza ciò la conferma non sarebbe più valida della stessa convenzione (1).

IV.—La prova della conferma è governata dai principi generali, tranne che non sia fatta per scrittura, e allora si applica la regola del primo paragrafo del nostro articolo. Così in tutti i casi di tacita conferma e nella conferma espressa, essendo il valore minore di 150 franchi, la prova può farsi con testimoni e con semplici presunzioni. Eccetto tai casi è necessaria una scrittura o autentica o privata, in mancanza di cui si farebbe la prova con la confessione del debitore, specialmente col suo giuramento; ed ove vi fosse un principio di prova per iscritto, si potrebbero ammettere la prova testimoniale, e le presunzioni.

Ma dovendosi fare la prova per iscritto, la legge si slontana dal dritto comune, e l'atto, per avere forza probante, deve contenere la sostanza dell'obbligazione, indicare la causa o ciascuna delle cause per cui poteva farsi annullare, e dichiarare la volontà del debitore di toglier via la causa o le cause di nullità. Quindi l'atto di conferma, con cui direi solo di voler rendere valida la vendita fatta della mia casa, e rinunziare a tutti i mezzi di nullità o di rescissione che avrei contro di essa, non basterebbe a provar la ratifica, non essendosi indicato il vizio o i vizi per cui il contratto poteva annullarsi. La ratifica deve per legge farsi maturamente con conoscenza di causa, e da una parte che sappia che cosa rinunzia, e perchè tali

condizioni sieno certe si vuole che nell'atto medesimo si esprimano. Per altro se l'atto, non contenendo tutte le menzioni dovute, rendesse verosimile al magistrato il fatto che la ratifica è stata veramente fatta con conoscenza di causa (ciò che per lo più avverrà), sarebbe un principio di prova per iscritto per cui si dovrebbe dar facoltà all'avversario di provare con testimoni e con presunzioni che difatti vi era la conoscenza (artic. 1347, 1353 (1301, 1307)). Poichè nel caso stesso in cui si porterebbe un atto che contenga una espressa conferma, ma senza indicare il vizio che si è voluto sanare, spetta al creditore la prova che il debitore, conosciuto il vizio, abbia voluto ripararlo, spetterebbe a fortiori a lui quando egli volesse trarre solo argomento da una tacita ratifica risultante dall'esecuzione. La dottrina contraria di Toullier (VIII, 519), di Merlin (*Questions* alla parola *Ratifica*, § 5) e di Rolland de Villargues (alla parola *Ratifica*, n° 58), sembra a noi come a Zachariae (II, p. 456) un errore certo. Imperocchè, se per il semplice fatto dell'esecuzione si dovesse presumere, senza bisogno di prova, che il vizio dell'obbligazione si sia conosciuto, o voluto riparare, siffatta presunzione riuscirebbe con maggior forza dall'atto che il debitore ha dichiarato di sottoscrivere espressamente per conferma della sua obbligazione; e la legge avrebbe ammesso quest'atto come prova piena della ratifica, senza volere specialmente che si enunciasse il mezzo di nullità a cui si rinunzia. Nè la legge riguarda come provata la conferma anche formale, se non quando si giustifichi, ma poichè la prova fa parte integrante della ratifica, la quale deve farsi dal creditore, non potrebbe esser dubbia la nostra questione.

La prova di cui trattiamo e che può attingersi dai testimoni, e quindi dalle sem-

Grenoble, 15 nov. 1837; Cassaz. di una decisione di Algeri 9 maggio 1842; Riom, 16 maggio 1842 (Dev. e Car., 35, II, 534; 38, II, 180; 42, I, 563, II, 360). — Dobbiamo aggiungere che, secondo la giurisprudenza, la domanda di un termine per pagare, non implicando per se una esecuzione reale

e volontaria, non basta a confermare un titolo nullo. — Vedi Rennes, 6 aprile 1835; Lione, 24 dic. 1852 (J. P., 1853, tom. II, p. 516).

(1) Vedi Caen, 8 dic. 1852 (J. P., 1853, tom. II, p. 335).

plici presunzioni, potrebbe in certi casi risultare dall'indole stessa del vizio che presenterebbe l'obbligazione, e dalla esecuzione che ne è stata fatta. Così per esempio, se l'obbligazione si potesse annullare per violenza, e sia certo che il debitore ha eseguito con piena libertà, il vizio non poteva essere ignorato da lui, ed il fatto dell'esecuzione prova per se solo la volontà di rinunciare a quella causa di annullamento.

V.—L'ultimo paragrafo del nostro articolo tratta dello effetto della ratifica espressa o tacita, che è di rendere l'atto, prima vizioso, inoppugnabile (riguardo a ciò per cui è stato ratificato), e quindi il debitore non può far più valere, o da attore o da convenuto, le cause di annullamento che avrebbe potuto allegare prima della sua rinuncia. La conferma dunque retroagisce, trattandosi di una obbligazione che *ab initio* esisteva e che poteva solo diventare nulla per quel vizio che è sparito mercè la conferma.

Ma la conferma può avere effetto senza pregiudizio del dritto dei terzi, cioè, come fe' osservare il Tribunato che chiedeva si aggiungessero queste ultime parole (Fenet, t. XIII, p. 168), non potrà mai nuocere ai dritti acquistati dai terzi nel tempo corso dal giorno dell'atto che poteva annullarsi, alla conferma fattane, dritti che la conferma annullerebbe se fosse efficace. Così, se sottoscritta nella minore età la vendita di un immobile in vantaggio di Pietro, io, divenuto maggiore, fo un'altra vendita a Paolo dello stesso immobile, o di un dritto reale sopra di esso, la ratifica che farei della prima sarebbe inefficace per Paolo, il quale potrebbe sempre nei termini dell'art. 1304 (1258) far che rispetto a lui si dichiarasse nulla la vendita illegalmente fatta onde conservare il suo dritto di proprietà, servitù, o di

ipoteca, come se non vi fosse stata ratifica.

Non sarebbe così pei terzi che avrebbero acquistati semplici crediti contro alcuno, poichè i crediti non tolgono il dritto di disporre dei propri beni, e quindi io potrei validamente fare una nuova vendita a Pietro, che farebbe loro perdere qualunque azione sopra l'immobile. Potendo togliere ai miei creditori la garanzia dell'immobile con una nuova alienazione, posso pure ben farlo ratificando la prima. I dritti che si vogliono qui proteggere sono quelli i quali, non potendo esser colpiti da una alienazione, verrebbero nièno per lo effetto retroattivo di una conferma. I creditori potrebbero dunque censurare siffatta conferma giusta i principi generali, e come potrebbero fare per qualunque altro atto del loro debitore, cioè provando di aver prodotto la insolvenza del debitore, e di essere stata fatta con frode (vedi art. 1167 (1120)).

Con due utili osservazioni porrem termine alla nostra spiegazione. La prima è, che la conferma la quale non stabilisce una convenzione, ma solo ne rafforza una che preesiste e può annullarsi nell'interesse di una delle parti, non vuole affatto che vi concorrano esse parti, e si perfeziona con la sola volontà del debitore che poteva farla annullare; poichè la conferma porge unicamente la volontà che manca (di una delle parti) che si aggiunge a quella legalmente bastevole dell'altra parte, questa non ha bisogno di concorrervi. Non può dunque qui trattarsi di fare una scrittura in doppio. La seconda, anche più semplice, che è sfuggita alle volte ai legisti, è che la conferma o ratifica di cui qui è discorso, non deve confondersi con la ratifica per cui si accetta la obbligazione contratta da un terzo in nostro nome. Quest'ultima specie non va governata dalle regole del nostro articolo.

esecuzione volontaria di una donazione per parte degli eredi, o di quelli che hanno causa dal donante, dopo la morte di lui induce la loro rinuncia al diritto di opporre i vizi delle forme, o qualunque altra eccezione.

1339 (1293).—Il donante non può riparaire con alcun atto confermativo i vizi di una donazione fra vivi nulla per le forme: è necessario che sia fatta di nuove nelle forme legali.

1340 (1294).—La conferma, ratifica o

SOMMARIO

- I. *Cotesti articoli presentano quante difficoltà. Falsa interpretazione di Merlin, Toullier e Duvergier, Zachariae, Duranton, ee.*
 II. *Teoria delle due disposizioni: in ambedue si applicano i principi.*

- III. *La regola dell'art. 1340 (1294) non importa che qui si applichi l'art. 1304 (1258).*
 IV. *I due articoli si applicano pure ai testamenti. Rimando per un errore di Toullier.*

I.—Secondo questi due articoli una donazione nulla nella forma, non può essere mai confermata dal donante il quale, per rendere efficace la sua liberalità, deve fare un'altra donazione, mentre lo può essere efficacemente dagli eredi o altri aventi-causa del donante, dopo morto lui.

È ben naturale che la donazione, nulla per difetto delle forme richieste, non possa confermarsi dal donante, essendo la donazione uno degli atti nei quali richiedesi la forma, non solo perchè sia valida la disposizione, ma perchè legalmente esista. È uno dei casi in cui la forma fa che la cosa sia: *forma dat esse rei*. Nella regola dunque dell'art. 1339 (1293) scorgesi applicato il principio che non si può ratificare una obbligazione che non esiste, ma come si spiega l'art. 1340 (1294)? Se la donazione non ha legale esistenza, come può ella ratificarsi dallo erede del donante? Intorno a ciò non soddisfa la dottrina degli scrittori.

Toullier, Merlin, Delvincourt e Duvergier spiegano facilmente il nostro articolo. Stabilendo in principio che gli atti propriamente nulli e non esistenti possono essere confermati non meno che quelli semplicemente annullabili, è ben naturale che la donazione legalmente inesistente per mancanza di forme, possa essere ratificata dagli eredi; è la regola generale da cui una speciale ragione fa sottrarre il donante. Ma sotto il precedente articolo abbiamo veduto, che il supposto principio è un grosso errore, che va contro e la volontà del legislatore e la ragione. Zachariae (II, pagina 453) professa pure essere l'articolo 1339 (1293) una disposizione eccezionale, e l'art. 1340 (1294) applicare il dritto comune; senonchè, non muovendo dal principio da lui tenuto per falso,

che gli atti inesistenti possono confermarsi come gli altri, insegna che la donazione, nulla per mancanza di forme, non è inesistente, ma soltanto può annullarsi. Ma per avventura questa idea non è esatta più dell'altra, perchè nessuno potrebbe, per esempio, sostenere, che la donazione della mia casa fatta con una scrittura privata dovrebbe impugnarsi entro dieci anni, e resterebbe valida ove in questo termine non si fosse pronunziato lo annullamento. Siffatta disposizione non può annullarsi, poichè è nulla per sè stessa.

Duranton non presenta intorno a ciò una teoria. Egli riconosce dapprima che non si possono confermare le obbligazioni nulle di pieno dritto e che non possono produrre alcun effetto (XIII, 271); ammette parimente (n. 290) che nell'articolo 1339 (1293) si applica questo principio, perchè i vizi di forma producono in fatto di donazione una nullità radicale; di poi nella spiegazione dell'art. 1340 (1294) si restringe a dire (n. 291) che « come gli eredi del donante sono più propensi a censurare le sue liberalità più che egli non sia, si è creduto che essi, ove le confermino, *dabbano avere buone ragioni* ». Ma se la donazione nulla per vizio di forma legalmente non esiste, secondo ammette Duranton, come può mai confermarsi dagli eredi del donante meglio che dal donante medesimo? Che monta che gli eredi abbiano o no buone ragioni per confermare, se la conferma non può farsi *ipsa natura*? Innanzi tratto, è necessario indagare se, e come la conferma che non può fare il donante, possono farla i suoi successori.

Alcuni giureconsulti hanno spiegato altrimenti cotesto articolo, ma non meglio

dei tre precedenti. Essi dicono che quando l'erede del donante esegue o dichiara di confermare la donazione del suo autore, non è questa propriamente una conferma che renda valida la donazione, ma solo la rinunzia ai beni che lo erede poteva conservare o riprendere, e la obbligazione di lasciarne godere il donatario, *come se la donazione fosse diventata valida*. Ma se fosse in fatti così, se la donazione non fosse confermata e restasse legalmente inesistente, con qual titolo il donatario sarebbe dunque proprietario dei beni? Bisognerebbe dire allora, che gli furono trasmessi non dal donante defunto, ma dall'erede; e siccome la disposizione fatta dallo erede sarebbe a titolo gratuito, incorrereono sempre nello scoglio che si voleva evitare, cioè in una donazione che validamente si operi mercè scrittura privata o una semplice tradizione, quand'anche riguardasse immobili. Di certo non vale la pena di fare questo giro, e dire che non è una conferma ciò che la legge chiama così, per riuscire alla medesima cosa e trovarsi di fronte ad una donazione che è necessario riconoscere legalmente efficace, quando i principi la dichiarano inesistente per legge. Ma quale è dunque la teoria del nostro articolo 1340 (1294) e come si può spiegare, che lo erede possa fare la conferma la quale non si può *ipsa natura* dal donante? Noi crediamo con Demante (II, 825) spiegarsi ciò con l'idea di una obbligazione naturale che si muta in civile con la ratifica dell'erede. Questa idea presentata sommariamente da Denante, ha bisogno di qualche sviluppo per potersi ben comprendere.

II.—La obbligazione naturale, come abbiamo veduto, è quella che esiste realmente in coscienza, sebbene non legalmente (perchè la legge, tenendola senza fondamento, non può quindi riconoscerla), e che sarà sanzionata dal legislatore quando il debitore confesserà essere giusta e reale. Abbiamo similmente veduto non poter giammai esistere obbligazione naturale nello impegno proibito affatto dalla legge, perchè se la legge può sanzionare l'obbligazione

MARCADE, Vol. III, p. I.

che non conosciuta prima abbastanza conosce meglio appresso, non può similmente sanzionare quella che conosce essere positivamente contraria alle sue disposizioni. Io breve, l'obbligazione naturale è quella che può essere sanzionata dalla legge, sebbene al presente non lo sia, ma non è certamente tale l'obbligazione proscritta assolutamente dalla legge.

Pertanto la donazione, fatta seoa le richieste solennità, non potrebbe contenere una obbligazione naturale pel donante, a cui era vietato di donare senza quelle forme. Non è così per gli eredi del donante. Essi non han per nulla contraffatto alla legge, e quindi l'obbligazione trasmessa loro dall'autore può secondo i casi essere una obbligazione naturale. Se gli eredi, nell'interesse dei quali eran richieste le forme che furono trascurate, stimano giusta e ragionevole la donazione, e se con un atto di ratifica o di esecuzione essi ciò manifestano, la legge doveva certamente rispettare la obbligazione che essi medesimi hanno tenuto per valida.

L'art. 1340 (1294) è in somma, come l'art. 1339 (1293), l'applicazione dei principi, quando dice che la ratifica o la esecuzione della donazione per parte degli eredi del donante fa che questi ultimi non possono più far valere i vizii di forma con qualunque altro mezzo di nullità. Per altro è necessario che la ratifica degli eredi, per esser valida, sia fatta dopo la morte del donante, perchè se in vita di lui gli eredi rinunciassero ad impugnare appresso la donazione, nulla sarebbe la loro promessa essendo una stipulazione intorno ad una futura successione, art. 1130 (1084).

III.—Ma dal potere una donazione, nulla nella forma, ratificarsi efficacemente, morto il donante, da coloro che la rappresentano, non si dovrebbe inferire che ella fosse egualmente valida, ove gli eredi tacevano per dieci anni dal giorno della morte; imperocchè la prescrizione di dieci anni rende inoppugnabile (art. 1304 (1258)) gli atti che possono annullarsi; e la donazione di cui teniam discorso è non esistente per

legge. La ratifica espressa degli eredi o la tacita che risulta dalla loro volontaria esecuzione dimostra, che l'obbligazione che si presume per legge non esistente, esisteva in coscienza, e la rende efficacemente civile; ma il semplice silenzio degli eredi non potrebbe produrre il medesimo effetto. La obbligazione che non esiste legalmente, alla morte del donante riman tale necessariamente finchè gli eredi non confessino che sia valida, e quindi essi saran sempre uditi in qualsiasi termine in cui alleggeranno la nullità.

In qualsiasi tempo diciamo, ma con la distinzione spiegata già al n° III dell'articolo 1304 (1258). Se gli eredi vogliono respingere l'azione con cui il donatario vorrebbe farsi mettere in possesso, la proposizione è assolutamente vera; ma se al contrario dovessero agire contro il donatario che possieda l'oggetto irregolarmente donato, dovrebbero intentare l'azione prima dei trent'anni, da che il donatario si è messo in possesso, altrimenti costui sarebbe divenuto proprietario non per l'effetto della

donazione, ma della prescrizione (salve le sospensioni per la minore età o altra causa).

IV.—Sebbene i nostri due articoli siano scritti per le donazioni fra vivi, si applicheranno similmente ai testamenti. Un testamento, nullo per vizio di forma, e quindi non esistendo legalmente, non potrebbe ratificarsi dal testatore, il quale volendo dovrebbe rinnovare il testamento; la ratifica espressa dei rappresentanti di lui o la tacita risultante dalla loro esecuzione produrrebbero il medesimo effetto tanto per il testamento che per la donazione.

Si ricordi da ultimo (come ben si scorre dal contesto dei tre art. 1338, 1339, 1340 (1292, 1293, 1294)) che l'art. 1339 (1293) intende parlare tanto della ratifica tacita risultante dalla esecuzione, che di quella espressa, e che l'una e l'altra si comprendono con la espressione di *atto di conferma*. Al n° II dell'art. 932 (956) abbiamo ciò provato, confutando la dottrina contraria di Toullier rigettata dagli scrittori e dalle decisioni.

SEZIONE II.

DELLA PROVA TESTIMONIALE

Sventuratamente sembra cosa facile procacciarsi falsi testimoni; e se i nostri padri ripeteano l'adagio riferito da Loisel, *qui mieux abreute, mieux preute*, non dovesi forse temer meno nei nostri tempi la influenza della tavola e d'altre cose anche più forti di questa.

Che che ne sia, il nostro legislatore ha diffidato dei testimoni: e la facoltà che si concede a chi litiga di non fare entrare nella discussione tutti quelli che hanno bevuto o mangiato a spese del suo avversario (art. 283 (378) Codice di proc.) non gli sembra sufficiente cautela onde ammettersi assolutamente la prova testimoniale.

D'altra parte, ed anche supponendo testimoni conscienciosi e veraci, il proscrivere la prova testimoniale è sembrato un

ottimo mezzo onde evitarsi moltissime liti ruinoso. L'ordinanza di Monlins del 1566 che stanziò per la prima volta le disposizioni, confermate poi dall'ordinanza del 1667, e che è riprodotta dalla nostra sezione, diceva che esse erano stabilite, « acciocchè non si moltiplicassero i fatti che per lo innanzi erano stati proposti in giudizio, soggetti a prova di testimoni e a ripulse di questi, donde molti inconvenienti e aggiramenti di lite si generano (1) ».

Così, da una parte, il timore che si subornino i testimoni, e dall'altra, il desiderio che le liti non si moltiplicassero, sono i due motivi per i quali, almeno in principio, è vietata la prova testimoniale. A torto dunque Duranton (XIII, 321 e 323) e Demante (II-826) assegnano a tal prin-

(1) Vedi il Codice *Tripier* sotto l'articolo 1341 (1295).

cipio la prima di coteste due cause (Vedi artic. 1342 (1296), n° I e 1344 (1298), n° V).

Studieremo prima il divieto sotto gli ar-

ticoli 1344-1346 (1295-1300) poi le eccezioni sotto gli art. 1347, 1348 (1301, 1302).

1. Divieto della prova testimoniale.

1344 (1295).—Per qualunque cosa che ecceda la somma o il valore di cencinquanta franchi, ancorchè si tratti di deposito volontario, dee stendersene atto innanzi notaio o con privata scrittura.

Non si ammette veruna prova testimoniale nè contra nè oltre il contenuto negli atti, nè sopra ciò che si allegasse es-

sere stato detto avanti, contemporaneamente o posteriormente agli atti medesimi, ancorchè si trattasse di una somma o di un valore minore di cento cinquanta franchi.

Tutto ciò non deroga a ciò che è prescritto nelle leggi di eccezione per gli affari di commercio.*

SOMMARIO

I. Questo articolo presenta due principi ed una eccezione. — Primo principio: è necessaria una scrittura tutte le volte che si tratta di un interesse al di là dei 150 fr. Censura della dottrina di Toullier e di Bonnier. Errore di due decisioni.

II. La scrittura si vuole per la prova. Se debba o no ammettersi la prova si determina non dal valore della domanda, ma dall'ammontare reale dello interesse. Inesattezza di Duranton.

III. Quando la pretensione si appoggia ad un pagamento contrastato, non deesi badare al valore della somma pagata. Errore di fatto di Delvincourt e di Zachariae.

IV. Secondo principio: anche per un interesse minore dei 150 fr. quando constata una scrittura, nulla si può provare con testimoni, che contraddica o estenda le enunciazioni di essa scrittura.

V. In altri termini, non puossi, con la sola prova testimoniale, modificarsi per nulla il contenuto di una scrittura; ma il divieto s'applica solo alle modificazioni: errore di Merlin e di Favard.

VI. Continuazione. Precisione del principio. . . Esso non impedisce per nulla che si ricorra alla prova testimoniale per interpretare la scrittura. Rimando per l'eccezione dei due principi.

* R. 30 gennaio 1854. — Una varia giurisprudenza è stato osservato essere invalsa presso le autorità giudiziarie di questa parte del Regno intorno alla questione, se nelle materie civili fosse ammissibile la prova testimoniale per dimostrare la soddisfazione di una somma minore di ducati cinquanta, quante volte questa cedesse in conto, od a saldo di debito maggiore. Nel fine di ricondurre all'unanimità quel vario modo di giudicare, e togliere la occasione a contestazioni sopra questione molto frequente ne' giudizi, vennero di reale ordine incaricate le due consulte di questi reali domini e di quei oltre il Furo di farne esame e dare avviso. Ed amendue questi consessi sono stati unanimi nel parere di non essere nell'esposto caso ammissibile la prova testimoniale. — Ragion principale di tale avviso, è stata che ne' giudizi civili la condizione de' litiganti debbe per dritto essere uguale; e siccome al creditore è vietato di provare per testimoni la sua azione per obbligazione che eccede i ducati cinquanta (art. 1193 delle II, cc.), egli del pari debb' essere vietata al convenuto la prova per testimoni, per dimostrare la sua ecce-

zione di soddisfazione di tutto o di parte del debito maggiore di ducati cinquanta. — Rassegnati a S. M. gli esposti avvisi di accordo col mio collega Ministro degli affari di Sicilia nel Consiglio ordinario di Stato de' 30 gennaio prossimo passato, la M. S. si è degnata approvarli.

Massime della C. S. di Napoli:

— La regola di non ammettersi testimonio scritto contra lo scritto, non vale per le presunzioni, 7 aprile 1813.

— Gli elementi raccolti in un giudizio penale non possono servir di prova nel giudizio civile. 14 gennaio 1816.

— Per le antiche leggi la prova testimoniale era ammissibile per giustificare qualunque fatto. 16 febbraio 1816.

— La prova testimoniale diretta a dimostrare la soddisfazione del debito minore di ducati cinquanta, è ammissibile quand'anche il debito stesso derivi da titolo autentico. 6 febbraio 1831.

— La disposizione dell'art. 1293 osta sempre, sia che si tratti di prova di fatti o di prova di detti. È ammissibile però concorrendo convenzioni

I. — Cotesto articolo stabilisce nel suo primo paragrafo due principi, a ciascuno dei quali il secondo fa un'eccezione che non è poi la sola.

Il primo principio che vuolsi spiegare più ampiamente del secondo, e che è sviluppato e sanzionato dagli articoli 1342 a 1346 (1296-1300), è che deve farsi una scrittura *per tutte le cose che eccedono 150 franchi*, cioè per qualunque fatto il cui interesse pecuniario è più di 150 franchi. Quindi la legge applica la regola non solo alle convenzioni (che generano od estinguono obbligazioni, o che trasferiscono dritti reali) ma ad ogni fatto che porge un interesse pecuniario che ecceda i 150 franchi.

E che il principio sia così generale, benchè molti scrittori, massime Toullier (IX-20 e 26) e Bonnier (n° 99), abbiano creduto il contrario, raccogliessi dal nostro medesimo articolo, in cui le parole *DI TUTTE LE COSE* furono poste dopo, e per sostituire quelle del progetto, *DI TUTTE LE CONVENZIONI intorno alle cose* (Fenet, tomo XIII, p. 44); ed eziandio dall'art. 1348 (1302), che dichiara eccezzuare *dalla regola* i delitti, i quasi-delitti e tutte le circostanze nelle quali è stato impossibile procurarsi una scrittura; si eccezzuano dalla regola i casi che abbraccia e che governerebbe senza la eccezione.

Ma ciò in fondo entra nel metodo e nella classificazione, poichè per la eccezione dell'art. 1348 (1302) la regola vien ridotta propriamente come vuolsi intendere nel sistema contrario al nostro.

Essa regola, come diciamo, abbraccia in principio tutti i casi in cui lo interesse pecuniario è di oltre 150, ma per la eccezione dell'art. 1348 (1302) ne sono eccezzuati alcuni casi; secondo Bonnier la regola non li comprende e quindi l'articolo 1348 (1302) non potrebbe eccezzuarli, e deve cassarsi come illogico e inutile. Bonnier dà al solo art. 1341 (1295), to-

gliendo di mezzo l'art. 1348 (1302), il senso dato da noi ai due art. 1341 e 1348 (1295 e 1302) combinati insieme. Uno è quindi il risultato, se non che il nostro sistema ci sembra il solo conforme alla mente del legislatore, nè presenta il pericolo che l'altro può offrire.

Infatti, quando la nostra regola s'intende di tutti i fatti ed avvenimenti di un interesse maggiore di 150 franchi, eccezzuandone secondo l'art. 1348 (1302) quei casi nei quali è stato *impossibile* di procurarsi una scrittura, non può esser dubbio il senso definitivo della disposizione; mentre è difficile determinarsi ove si ponga in principio, che non si deve stare al senso naturale del nostro articolo, e che la sua disposizione è troppo larga. Ma fin dove si restringerà tale disposizione? Bonnier dirà di trattarsi di tutti quei fatti nei quali è possibile ottenere una scrittura (giovandosi così dell'art. 1348 (1302) da lui pur dichiarato inutile), ma altri spingendosi più in là da lui potranno dire trattarsi solo delle convenzioni.

Questo è anche avvenuto. Una decisione di Bruxelles dei 10 dicembre 1812 ed altra di Tolosa dei 18 maggio 1831, decidono non applicarsi il nostro articolo al creditore il quale vuol provare contro la ecceppita prescrizione, che il credito esiste sempre, essendo stata la prescrizione interrotta da un pagamento d'interessi o di decorsi (art. 2248 (2154)). Secondo tali decisioni il creditore potrebbe provare con testimoni, che non essendovi prescrizione, il suo dritto si è conservato, qualunque ne sia il valore, perchè, dicesi, *si tratta di un fatto* e non di una convenzione, e quindi la pruova non è più di quelle che la legge vieta di farsi con testimoni (1).

È questo un errore certo, che lo stesso Bonnier avrebbe certamente combattuto se lo avvertiva; ma nel suo sistema era difficile il farlo, e semplicissimo invece stan-

posteriori, e corrispondenza epistolare: si avrebbe in tal caso un principio di pruova per iscritto. 12 agosto 1852.

(1) Dev., 31, II, 302 — Vedremo più innanzi (nu-

mero II) che Helvincourt e Zachariae si sono molto ingannati intorno al senso delle decisioni di Bruxelles e di Tolosa.

do ai testi del Codice. Infatti il nostro articolo 1344 (1295) prescrive il divieto per qualunque siasi circostanza, e l'art. 1348 (1302) ne eccettua quelle nelle quali è stato impossibile procurarsi una scrittura. Ora il creditore, trattandosi pure di rendite, potrebbe procurarsi una scrittura per accertare la conservazione del suo dritto: trattandosi di un credito esigibile, egli poteva domandarne il pagamento prima dei trent'anni, ovvero consentire così lungo indugio purchè il debitore gli dia una ricognizione scritta del debito, o per lo meno delle contro-quitanze che comprovino il pagamento d'interessi fatti da lui; trattandosi di rendite, supposto che il debitore non avesse voluto dargli contro-quitanze, egli poteva dopo 28 anni dalla data del suo titolo costringerlo a fargliene un altro (articolo 2263 (2170)). Pertanto non era impossibile di procurarsi una scrittura, e quindi si rimane sotto il governo del nostro articolo (1).

II.—Così il nostro articolo prescrive di farsi una scrittura per qualunque fatto di un interesse maggiore di 150 franchi. Il che non importa che la scrittura sia necessaria perchè esso abbia valore legale. Qui si tratta di una quistione di pruova, e l'articolo dice soltanto che il fatto allegato non potrà provarsi con testimoni. La qual verità da nessuno negata, si rivela abbastanza e dalla seconda frase dell'articolo e dai seguenti articoli, e dalla rubrica della nostra sezione, e massime dai precedenti del Codice. Dunque se un fatto, una convenzione per esempio, fosse provata dalla confessione della parte, produrrebbe sempre il suo effetto, sebbene non fosse stato accertato da una scrittura.

Secondo il nostro primo principio non si ammette la pruova testimoniale trattandosi di una somma o di un valore maggiore di 150 fr. D'una somma o di un valore, potendo bene avvenire che la cosa domandata non sia denaro. Allora deve il

giudice determinare il valore della cosa o da se stesso o con una perizia se vi sia bisogno. Non potrebbe egli riferirsene alla stima data dalle conclusioni dell'attore, se lo avversario l'avesse stimato inesatta.

In vero, a fin di determinare se l'interesse ecceda o no 150 fr., e se la pruova testimoniale sia o no da ammettersi, non fa mestieri, come male insegna Duranton (XIII, 306), aver riguardo all'ammontare della domanda; ma al *quantum* effettivo ed integrale del dritto che per lui risulta dal fatto che vuol provare. Così, se avendovi prestato senza scrittura 160 franchi che voi negate di aver ricevuto, io ve ne domando 140, non sarà ammessa la mia domanda, quando io confesso essere il vostro debito di 160 benchè ve ne domandi 140;—ovvero se dico avermi voi restituito 20 franchi, e perciò rimanere 150 del vostro debito;—ovvero trattandosi di una cosa da me stimata 140 fr. e che si riconosce valere 160;—o infine se risulta dalle deposizioni dei testimoni, che il vostro debito fosse di 160 franchi, non ostante che io avessi detto essermene da voi dovuti 140.

Quest'ultima idea fu contraddetta da Maleville (art. 1344 (1298)): ma il suo errore è riconosciuto da tutti gli scrittori, anche da Duranton (come noi vedremo nella spiegazione dell'art. 1344 (1298)); però è tanto certa quanto le altre, e deve dirsi in generale, che non mai deve determinarsi secondo le conclusioni dell'attore il valore della domanda, come si fa nello stabilire la competenza, ma secondo la quantità dell'interesse che risulta dal fatto controverso. Di ciò fa pruova dapprima il nostro articolo, il quale, ordinando che si faccia atto per cose maggiori di 150 franchi, si riferisce al punto stesso in cui si compie l'avvenimento che genera il dritto, e non mai al tempo della lite che potrà sorgere più innanzi: Ne fa anche pruova l'art. 1343 (1297), secondo il quale sarà

(1) Toullier (IX-97); Troplong (*Presc.*, II, 622); Felix e Henrion (*Rendite fondiarie*, n° 441); Zachariae (V, p. 703, n. 12); Riom, 4 maggio 1841;

Douai, 19 gennaio 1842 (Devilleneuve, 41, 2, 331; 42, 2, 112).

rigettata la mia domanda quando pure dopo avervi chiesto i 150 franchi da voi dovuti, ne domandassi poi soltanto 140 e volessi farne pruova; e infine l'art. 1344 (1298) secondo cui la mia domanda, sebbene inferiore a 150 franchi, deve non di meno respingersi, essendosi riconosciuto che la somma chiesta fa parte o è residuo di una somma maggiore di 150 franchi.

Adunque Duranton cade in errore, o almeno con molta inesattezza si esprime, quando per dare una altra soluzione che noi esaminiamo, sotto l'art. 1348 (1302) dice (loc. cit.) che *colui che non domanda oltre 150 franchi può provare con testimoni*; e che in questa materia non bisogna aver riguardo alla convenzione, ma invece all'oggetto della domanda, la quale può provarsi con testimoni quando con la pruova non si mira a far ottenere più di 150 franchi. Toullier, che chiaramente espone la dottrina contraria (IX, 42 e seguenti), schivò questo errore.

III. — Gli è pur certo, anzi evidente, che quando il dritto controverso si fonda sopra un pagamento fatto, è necessario riguardare il valore del dritto domandato, e non già il valore della somma pagata che si allega come fatto generante o conservante il dritto. Così, per esempio, voi pretendete prescritto il credito di 2,000 franchi che io voglio pagato; io rispondo che il credito esiste sempre, non essendosi compiuta la prescrizione per essere stata interrotta da un pagamento d'interessi fattomi da voi nel corso dei 30 anni, e mi profferisco a provare con testimoni quel pagamento. Può ammettersi in questo caso la pruova testimoniale, quando il pagamento da provare sia di 100 franchi? Nò; dacchè il dritto, lo interesse che io voglio comprovare, non è di 100, ma di 2 mila franchi. Senza fallo, se il mio debitore si profferisca di provare il pagamento di 100 franchi onde stabilire di essersi

liberato di un anno di interessi che io gli domandavo, sarebbe da ammettersi la pruova testimoniale, trattandosi di una *liberazione* di 100 franchi; ma quando io allego quel pagamento affin di provare che il mio credito esista, non importa affatto la somma che io pretendo essere stata pagata, e bisogna aver riguardo all'ammontare del credito chiesto; essendo di 2,000 fr. la pruova testimoniale non può ammettersi.

Essendo ciò troppo chiaro non dovrebbe farsene quistione, e noi neanche ne parleremmo se non leggessimo in Delvincourt (sezione 2, nota del 4 paragrafo) e in Zachariae (V, p. 708, n° 25), avere altramenti stabilito due decisioni da noi citate al n° 1; di Bruxelles e di Tolosa. Ma esse decidono soltanto la quistione da noi esaminata nella fine del n° 1, ed è un errore il citarle come se abbiano pur giudicato il punto di cui qui è discorso (1).

IV. — Il secondo principio del nostro articolo, che come il primo vien riprodotto dalla ordinanza del 1566, stabilisce che anche per un interesse minore di 150 franchi, e per la cui pruova non fosse necessaria la scrittura, non si potrà, essendosi fatta una scrittura, provare con testimoni, o contro od oltre ciò ch'è stato detto in essa. — Così, quando un atto annuncia avermi voi prestato 100 franchi per sei mesi senza frutti, voi non potreste nè provare con testimoni che la somma fosse di 120 franchi, come nè io che fosse di 90, perchè si proverebbe *contro* il contenuto dell'atto; ma non potremmo nemmeno provare che oltre la clausola principale che porge la scrittura, si convenne o prima o dopo, questa o quell'idea accessoria, p. e. che stesce a me di ritenere la somma per un maggior tempo pagandovene l'interesse, perchè si proverebbe *oltre* il contenuto dell'atto. Noi non possiamo nè restringere nè estendere, nè modificare per nulla ciò che l'atto presenta. Fattasi una scrittura, an-

(1) Similmente per errore Zachariae cita nel nostro senso gli scrittori e le decisioni da noi censurate nella precedente nota; ma tanto gli uni che le altre decidono soltanto se un pagamento di decorsi allegato come interrompente la prescrizione,

sia o no governato dal divieto della pruova testimoniale, per qualunque interesse oltre i 150 fr., ma non trattano affatto se debbasi riguardare la somma dei decorsi pagati, o quella del capitale richiesto.

che quando non vi si era obbligati, la legge non permetto che le parti vadano incontro una prova testimoniale che è così difficile, come se la scritta non esistesse; e volendo dopo modificare in alcun modo la prima convenzione, elle sono costrette o di comprovare le modificazioni anche con iscrittura, o di sopprimere l'atto primitivo.

Secondo il testo, la prova testimoniale non sarà ammessa, anche per un interesse minore di 150 franchi *contro ed oltre il contenuto* negli atti; aggiungendosi che non sarà nemmeno ammessa intorno a ciò che si *allegasse essere stato detto prima, contemporaneamente, o dopo gli atti*. L'altro membro della frase nulla aggiunge al primo, spiegando solo la medesima idea con altri termini. Certamente non si potranno provare le spiegazioni verbali che han preceduto, accompagnato o seguito la formazione della scrittura, affin di restringere o estendere o modificare in modo qualunque le menzioni della scrittura che deve sempre essere accettata qual'è. E siccome toglier qualche cosa dalla scritta importa affermare che si è detto troppo intorno a tal punto, ed è quindi in qualche cosa falsa, per modo che si contraddice; d'altra parte vale il medesimo che contraddirlo mutando il senso d'una delle sue clausole. Il solo caso in cui non si contraddirebbe all'atto, sarebbe quello in cui si pretendesse che tutto il detto, altronde esatto, non è tutto quel che doveva dirsi; quindi le due parole, *contro ed oltre il contenuto*, esprimono esattamente il principio, e secondo cui non si può nè *contraddire in niuna parte* l'enunciazione dell'atto, nè nulla aggiungervi; nemmeno con ciò che si pretendeva essersi detto dopo la redazione.

Allorchè la convenzione posteriore sarà una restrizione, un'aggiunzione, una qualsiasi modificazione alla convenzione precedentemente stabilita in iscritto, la prova di tal nuova convenzione non potrà farsi per testimonio, essendochè in tal caso si

tratterebbe di contraddire o di aggiungere alla scrittura. Così per esempio, allorchè la scrittura dichiara che mi avete prestato 100 fr. che dovrei restituirvi nel 1848, voi non potete provare che per una posteriore convenzione io mi sia obbligato di restituirvi tal somma nel 1847; essendo ciò una perfetta contraddizione all'atto. Allorchè la scrittura indica che voi mi avete affittato il vostro erbaggio per 60 franchi e quattro pelli all'anno, voi non poteste provare che appresso ci siamo accordati per 70 fr. senza pelli; il che è pure una contraddizione all'atto.

Quando la scrittura dichiara che io mi son preso il carico di fare un ristauo sopra il tale disegno, e in tanto tempo, voi non potete provare che per una convenzione posteriore, io mi son preso il carico di fare il simile ristauo su d'un disegno più grande, e in un tempo più lungo, essendo ciò un'addizione all'atto, e una prova contro il contenuto (1).

V.—Insieme alla regola, che la modificazione recata dopo ad una convenzione, o ad un fatto stabiliti con iscrittura, deve anche provarsi con scrittura (senza la quale non si intenderebbe pienamente il secondo principio del nostro articolo), bisogna porre un'altra regola che non faccia assegnare al medesimo principio una maggiore estensione: ed è, che ciò che si è detto dei fatti e delle convenzioni, che modificano il fatto anteriore, non si deve estendere a tutti i fatti che più o meno intimamente col primo si collegano, e sovraesso più o meno profondamente influiscono... Così per esempio, quando si è stabilito in iscritto che voi mi avete prestato 100 fr. ed io chiedo di provare per testimoni di averveli restituiti, la mia prova deve ammettersi. È certo che il pagamento che io voglio provare influisce moltissimo sulla convenzione di prestito, ed è altro che una modificazione dell'obbligazione, che ne risultava per me, poichè pienamente la estingue; ma perchè non si tratta più d'una semplice modificazione alla convenzione

(1) Rig. sopra una decisione conforme di Metz, 10 mag. 1842 (Dev., 42, II, 797).

scritta, si è perciò che deve ammettersi la pruova testimoniale, e che io non sono più soggetto al secondo principio del nostro articolo. Tal principio in vero mi vieta di contraddire in alcuna parte e di nulla aggiungere alla convenzione stabilita. Ora io non le reco alcuna contraddizione, imperocchè stabilisce la scrittura che voi mi avete prestato 100 fr. e ciò che io allego invece di attaccare tal proposizione, tende a dimostrare di nuovo la verità; poichè io vi ho restituito i 100 fr. che voi mi avete prestato. D'altra parte, non è un volere estendere la convenzione, nè allargarla in chiechchessia, sostenendo tal convenzione essere stata fatta, quale è presentata dalla scrittura, ed essere sempre durata la stessa fino al tal giorno nel quale io la ho eseguita. Sarà altramenti, se l'atto stabiliva doversi restituire la somma tra due anni, ed io pretendo avervela pagata alla fine del primo. In simil caso il pagamento che si allega conterrebbe una convenzione posteriore ed accessoria, che tende unicamente a modificare la prima, riguardo al termine del pagamento; in tal guisa io domanderei di provare per testimoni una *modificazione* arrecata alle clausole scritte: dicendo che *ho potuto pagare*, ed infatti ho pagato *alla fine dell'anno*, mentre esisteva un atto che stabiliva non *poter pagare che dopo due anni*, io chiedo di provare contro l'atto: e soltanto dopo aver provato *in iscritto* la convenzione posteriore modificante la prima, io potrei provare per testimoni il pagamento con cui pretendo avere eseguita la nuova convenzione. Fuori tal caso o altri simili, e quando si vuol provare semplicemente che si è eseguita o altramenti estinta la obbligazione enunciata dalla scrittura, non si vuol provare nè *contro*, nè *oltre* il contenuto dell'atto, e la pruova testimoniale è quindi ammissibile, purchè però non si tratti di somma oltre i 150 fr.

Si potrebbe eziandio dire da alcuni (perchè qual cosa non immaginano alcune menti?), che non parlando l'atto del pagamento, si vuol provare *oltre* e *al di là* di esso atto, volendo provare il pagamen-

to? . . . Ma allorchè nel nostro articolo si vieta di provare oltre il contenuto dell'atto, non s'intende parlare in generale di tutte le cose di cui l'atto non tratta, ma solo di quelle di cui non tratta, *sebbene ne avrebbe dovuto*, perchè fan parte dell'oggetto che si comprova. Così, quando io pretendo che i 100 fr. che vi devo per una scrittura, fossero dovuti sotto una condizione mancata e di cui in quella non si parla, la condizione doveva inserirsi nell'atto; quando abbiamo convenuto secondo me che io vi pagherei gl'interessi al 4 invece del 5 indicato dalla scrittura, o che dovrei pagarvi in un anno anzichè in sei mesi come dicesi nella scrittura, era necessario, modificando così la convenzione espressa nell'atto, che si modificasse pur l'atto (o si sopprimesse onde potersi fare la pruova testimoniale); in tutti questi e in altri simiglianti casi io non potrei ottenere la pruova testimoniale. Ma la legge, vietando di provare oltre il contenuto dell'atto, non intende parlare degli elementi che non fan parte della convenzione, e che non dovevano nè potevano essere comprovati dall'atto.

Ciò è tanto semplice che non sappiamo comprendere come Merlin (*Repertorio* alla parola *Pruova*, sez. 2, § 3, art. 1 e 20) e Favard (*ibid.*, § 1), ammettendo l'idea contraria, abbiano potuto pretendere che un pagamento si dovesse provare con iscrittura per ciò solo che il credito fosse comprovato da scrittura. Era stato spesso inteso così nella pratica dello scorso secolo; ma quest'idea, confutata già da Pothier, pareva da non potersi accogliere da giureconsulti così distinti come Merlin e Favard. Le leggi *De testibus*, *De fide instrumentorum*, *Contra-scriptum*, ed altre ricordate dal primo per aver fatto risolvere la quistione contro il debitore da una decisione del parlamento di Grenoble dei 25 marzo 1782, non rischiarano affatto la quistione, e le due decisioni di cassazione allegate dal secondo non son contrarie alla nostra dottrina. L'una (27 gennaio 1812) decide, che quando in una scrittura si enuncia essersi fatto un fitto di sei anni

non si può provare con testimoni, che il fatto si sia ridotto a minor tempo da una convenzione posteriore, il che è una applicazione di ciò che abbiamo detto alla fine del n. IV (1); l'altra (12 marzo 1816) non si riferisce affatto alla nostra tesi; decidendo una questione di fatto verbale non secondo il nostro articolo, ma secondo la disposizione particolare dell'articolo 1715 (1561), il quale dichiara a buona ragione fare una eccezione all'art. 1341 (1295). Riman dunque ferma la nostra soluzione, che è generalmente ammessa (2).

Del resto Pothier, notando questo errore, parlava del pagamento, e i nuovi scrittori da noi citati, Bonnier e gli altri, parlano pure del pagamento senza formulare la regola che dovrebbe in questo caso speciale applicarsi. Duranton vi aggiunge pure (numero 335) la remissione del debito, ma ni pari degli altri non ricade all'idea generale, al principio stesso?

Fra i fatti che debbono influire sopra un fatto dianzi comprovato da scrittura, quali son quelli che dovranno comprovarsi con iscrittura, giusta il secondo principio del nostro articolo, quali potranno provarsi con testimoni? In che propriamente differenzieranno le due classi? Ciò non si dice in nessun luogo, eppure è indispensabile che si sappia. Le spiegazioni da noi date rendono facile la risposta.

VI. — Secondo il già detto si vuole la

scrittura, e non può ammettersi prova testimoniale, ogni qualvolta il fatto posteriore restringa o allarghi o modifichi in altro modo lo stato primitivo delle cose, lasciandolo sussistere alquanto diverso da quel che era; fuori di tali casi è permessa la prova testimoniale. — Quando il fatto allegato dovrebbe mutare soltanto il primo stato delle cose in qualche parte conservando il resto, si vuole la scrittura per la prova, non essendo credibile che si sieno modificate le cose, senza modificare la scrittura che le comprovava: non lucerandosi l'atto era troppo naturale che se ne facesse, per così dire, una nuova edizione onde potersi fare la prova testimoniale. — Per l'incontro, se il fatto allegato dovesse distruggere il precedente stato delle cose, per modo che dovesse venir meno l'oggetto della prima scrittura; se si vuole non conservare modificando lo stato primitivo delle cose, ma crearne un altro che supponeva, e per cui interamente cessava lo stato precedente; allora non è necessaria la scrittura, e il comprovarsi da una scrittura che tuttora sussiste lo stato primo delle cose, non toglie che si possa provare con testimoni il secondo; perchè trattandosi allora di una cosa assolutamente nuova, e per la cui prova scritta sarebbe stato bisogno, non di una nuova e più corretta edizione dello stesso atto ma di un altro atto, le parti essendo governate dal

(1) Questa decisione, che non abbiamo trovata né nel *J. du Palais*, né nella nuova raccolta di Bevilacqua, è riportata nell'antica edizione di Sirey, tom. XIII, 1, 184. — Oltre alla questione di cui qui è discorso, la decisione non risolve pure implicitamente, ma con molta inesattezza, un'altra non preveduta né da Favard, né da Merlin, né da alcun altro scrittore, per quanto almeno sappiamo, e che è risolta più volte incidentalmente nelle nostre spiegazioni; cioè, se non ostante che le parti consentano di sopprimere (al tempo della convenzione che modifica) la scrittura che comprovava la prima convenzione, e acciechi non stavesse per fare per iscritto la novella, le parti non potranno nemmeno provare con testimoni la seconda convenzione. — La negativa non è solo certa, ma evidente; e nessuno scrittore ha pensato di trattare tal punto, perchè non poteva sorgere alcuna difficoltà intorno ad esso. Quando noi modifichiamo la convenzione prima fra noi stabilita, e comprovata da una scrittura per un oggetto che non ce-

ceda i 150 fr., noi abbiamo la scelta o di fare una nuova redazione della nostra scrittura, o di annullare la scrittura, per sfuggire il secondo principio dell'art. 1341 (1295). Come si rigetterebbe la mia prova testimoniale come offerta altro, o contro il contenuto di un atto, quando per effetto della convenzione non esiste più verun atto? Nella specie della decisione, era stabilito e riconosciuto da tutti, che le parti modificando la loro prima convenzione, avevano incerto, come già inesatta, la scrittura che comprovava la convenzione. In siffatto circostanza la sentenza (del tribunale di Nîmes) è stata cassata per pretesa violazione dell'articolo 1341 (1295), per avere ammessa la prova testimoniale contro il contenuto dell'atto. L'eresia invero è troppo grossa!

(2) Parlamento d'Aix, 20 dic. 1640. Tribunale dei sussidi di Parigi, 30 ag. 1682. Pothier (numero 299); Delvincourt (l. II); Duranton (XIII-334); Bonnier (n. 92).

drutto comune, sono state libere, o di fare un altro atto, o di contentarsi dei testimoni poichè l'interesse (si suppone) non eccedeva 150 franchi.

Così dunque: 1° è inammissibile la prova testimoniale, quando con ciò che si allega si vuol provare una *semplice modificazione* dello stato delle cose accertato dall'atto, e sarebbe stato bisogno per avere la prova scritta, che si facesse di *nuovo il medesimo atto*. Per lo incontro 2° si può con testimoni provare, quando si vuol *sopprimere* lo stato delle cose che il novello fa supporre, e sarebbe stato necessaria la *redazione di un altro atto* per aversi la prova scritta. 3° Se ciò che si allega contenesse in un tempo una modificazione dello stato delle cose così modificato, non sarebbe nemmeno inammissibile la prova testimoniale per cagione del primo dei due punti, e ove il primo fosse provato dalla scrittura, il secondo potrà esserlo con testimoni. — Questa terza proposizione è conseguenza ed applicazione delle due prime.

Adunque, giusta il secondo principio del nostro articolo 1341 (1293), (come ben ne convince l'attenta lettura del testo), non si può mai per un interesse, anche minore di 150 fr., recare colla prova testimoniale *alcuna modificazione* all'enunciazioni di una scrittura. Qui una ultima osservazione.

1342 (1296).— La regola precedente si applica al caso in cui, oltre la domanda del capitale, l'azione contiene quella de-

Non sarebbe un modificare la scrittura il discutere intorno al senso e all'intendimento di una clausola più o meno oscura, di una espressione più o meno vaga; e conseguentemente si possono provare con testimoni alcune circostanze che facciano comprendere il vero pensiero dell'atto. È altro il conoscere, anche con testimoni, il senso o l'estensione d'una parola o d'una frase, ed altro il provare con testimoni idee diverse da quelle indicate nella frase. È pertanto lecito chiedere la prova testimoniale per interpretare la scrittura, purchè si stia unicamente all'atto che si riconoscerà avere il tale significato ed applicarsi a tali oggetti. Così, per modo di esempio, se l'atto di acquisto di un fondo non determina ma dinota le varie terre che lo compongono, con queste parole: *il fondo di... il castello di... con tutte le sue dipendenze*, si potrà provare con testimoni se quel pezzo di terra dipenda o no dal fondo. La giurisprudenza ha con ragione consacrato questo punto (1).

Compresi i due principi del nostro articolo, veniamo ai seguenti che sviluppano o applicano il primo. L'eccezione recata dal testo ai due principi per le materie di commercio sarà da noi studiata insieme con le altre eccezioni nel § 2 (art. 1347, 1348 (1301, 1302)).

gl'interessi, se questi riuniti al capitale oltrepassino la somma di centocinquanta franchi.*

I. — Questo articolo e i seguenti, come abbiain detto, sviluppano o sanzionano il primo principio del precedente articolo; e qui vedremo con quanta severità la legge intenda il divieto della prova testimoniale.

La legge riguarda in una volta e il momento in cui è sorto il dritto, e quello in cui se ne fa lo esperimento giudiziario; e se in uno dei due punti lo interesse è

maggiore di 150 franchi, non si ammette la prova testimoniale. Così da una parte essendosi trattato nel principio di più di 150 franchi, le parti han dovuto fare una scrittura, e la prova testimoniale non può ammettersi, sebbene l'interesse sia divenuto minore di quella somma al tempo della domanda; quest'idea è stata manifestata dall'art. 1341 (1293) che per stabilire la

(1) Parigi, 7 dic. 1833; 23 genn. 1837; Rig., 31 genn. 1837 (Dev., 37, 1, 110 e 522).

* Non è ammissibile la prova testimoniale quando

si chiedono ducati quarantanove e gl'interessi decorsi. C. S. di Napoli, 16 giugno 1825.

sua regola si riferisce al punto stesso dello avvenimento che fa nascere il dritto; e ci sarà più chiaramente provata dagli articoli 1343 e 1344 (1297 e 1298). D'altra mano, sebbene il dritto sia stato nel principio minore di 150 franchi, non può ammettersi nemmeno la prova testimoniale, se l'oggetto della domanda al presente superi quella somma: come si vede dal nostro art. 1342 (1296) e dagli articoli 1345 e 1346 (1299 e 1300).

Quando il dritto minore oggi di 150 franchi, era in principio maggiore, colui che domanda commise una colpa che la legge punisce, vietandogli la prova testimoniale; e affine di evitare la molteplicità delle liti si è sanzionato di farsi una scrittura che deve prevenirle.—Quando il dritto prima minore di 150 franchi è divenuto al presente maggiore, il divieto della prova testimoniale deriva dal timore che si subornassero i testimoni: quando il dritto chiesto da voi supera i 150 fr. non importa se fosse tale da principio; perchè qualunque sia il modo con cui il vostro preteso dritto abbia ecceduto quella somma, voi avete sempre interesse a procacciarvi falsi testimoni, e quindi è pure da temersi la falsa testimonianza. Spettava a voi procurarvi una scrittura, essendo diventato il vostro diritto maggiore di 150 franchi.

II.—La seconda delle due idee già indicate si applica dal nostro articolo agli interessi che si aggiungono al capitale.

Così avendomi voi prestato 143 franchi con gl'interessi al 5 per 100 senza farmi sottoscrivere una scritta, se voi lasciate che si uniscano al capitale due annate d'interessi, voi non potrete da questo momento, che che seguane poi, pruovare il vostro credito con testimoni, perchè ammonta ora a 155 franchi. Prima di finire il se-

condo anno, prima che il vostro credito già di 147 franchi ammontasse a 154, voi eravate tenuto o di farvi dare una scritta, o di farvi pagare 7 franchi d'interessi per la prima annata. Quando l'intero credito eccede i 150 franchi, non si ammette più prova testimoniale, perchè la legge allora teme la subornazione di testimoni, e perchè è necessaria una scrittura per qualunque credito che ecceda quella somma. La prova testimoniale sarà dunque negata; ed anche quando il vostro credito dopo di essere asceso a 154 franchi fosse ridivenuto di 147 pagata una annata d'interessi, perchè allora 147 franchi sarebbero *residuo* dei 154, e l'art. 1344 (1298) nega per tal caso la prova testimoniale. Si negherà ugualmente, sebbene voi dichiariate di abbandonare gl'interessi, contentandovi del capitale di 140, perchè i 140 *fan parte* di un credito che eccede nel totale 150 franchi; l'art. 1344 (1298) nega allora la prova testimoniale. Quando in qualsiasi momento il vostro credito ha ecceduto i 150 franchi, per nessuna delle sue parti potrà farsi la prova testimoniale (art. 1344 (1298), n. V).

Certamente debbono aggiungersi al capitale, per conoscere se il totale ecceda o no 150 franchi, gl'interessi corsi al tempo della domanda giudiziaria, e non quelli che correrebbero durante la istanza. Un debitore non può mutare e rendere più grave la sua condizione negandosi a darvi una scrittura o a pagarmi; se la domanda di provare con testimoni il mio dritto poteva ammettersi al punto che io la faceva, non può diventare inammissibile per ciò solo che l'affare vada alle lunghe. Questo è un punto chiaro (1), e fa meraviglia che Demante l'abbia posto in quistione (II-828).

gesse la sua prima domanda.

1344 (1298).—Non può essere ammessa la prova testimoniale sulla domanda di

1343 (1287).—Colui che ha fatto una domanda che eccede la somma di centocinquanta franchi, non può essere più ammesso alla prova testimoniale, ancorchè restrin-

(1) Maleville (articolo 1342 (1296)); Delvincourt (I. II); Duranton (XIII-319).

una somma anche minore di franchi cento-cinquanta, quando sia dichiarato che tal somma faccia parte o residuo di un credito

maggiore, il quale non è provato per mezzo di scrittura.*

S O M M A R I O

I. Questi articoli sviluppano e sanzionano la prima delle due idee indicate sotto il precedente articolo.

II. Una domanda di oltre 150 fr. non può provarsi con testimoni anche restringendosi la somma, tranne che non vi sia stato errore nella somma della domanda. Errore di Toullier.—La prova testimoniale non può del pari ammettersi, e sarebbe del tutto inefficace per una somma che farebbe parte di un credito che ecceda i 150 fr.—

Errore di Maleville.

III. È il medesimo per la somma residua del credito che eccede i 150 fr. Casi in cui la regola non si applica.

IV. Confutazione dell'errore sopra riferito di Maleville.

V. Altra prova dell'errore di Duranton notata sotto l'art. 1344 (1295). Esso errore deriva da un'idea falsa di Duranton e di Demante.

I.—Abbiamo noi detto, come il principio che vieta la prova testimoniale per l'interesse eccedente 150 franchi, consta delle due idee: 1° la testimonianza è soltanto inammissibile perchè l'interesse eccedeva la prescritta somma fin dall'origine, quantunque sia minore al presente; 2° è del pari inammissibile perchè di presente l'interesse sorpassa la prescritta somma, quantunque minore nell'origine. I nostri due art. 1343 e 1344 (1297 e 1298) sono le applicazioni e le conseguenze della prima idea; i due articoli 1345 e 1346 (1299 e 1300) sviluppano e sanzionano la seconda.

Se il vostro dritto presentava originariamente il valore al di là di 150 franchi, eravate obbligato di fare una scrittura, per così togliere i pericoli e gl'inconvenienti della prova testimoniale, la quale vi sarà inibita non ostante le limitazioni o diminuzioni dal vostro dritto subite o che piace a voi imporvi.

II.—Allorché Pietro vi era ed è debitore di 200 franchi, non potreste provarlo con testimoni, nonostante che dopo inten-

tata la vostra azione per tale somma, restringeste la vostra domanda a 150, secondo ciò che positivamente dice l'art. nostro 1343 (1297). Ma sarebbe altrimenti, che che ne dica Toullier (IX-43), se provaste che il vostro credito è veramente di 150 franchi e che per isbaglio ne chiedeste 200. Il credito che è ed è sempre stato dei soli 150 franchi, non è governato dalle regole dei nostri articoli; un errore di fatto non sarebbe ragione o pretesto per richiederne una scrittura. Ci fa meraviglia come la dottrina di Toullier intorno a questo punto non sia stata manifestata sin oggi da niuno scrittore e nè unco nel trattato speciale di Bonnier.

Non potreste nè anco provare con testimoni secondo l'art. 1344 (1298), quantunque avreste richiesto dapprima 150 franchi dei 200 che pretendeste pagati, e avreste chiesto farne la prova; la somma chiesta *facendo parte* allora di una somma che sorpassa la prescritta, la testimonianza non sarebbe ammessa. Se invece dei 200 franchi dovutivi ne chiedeste 150 senza parlare degli altri 50, o falsamente direste

*—Se il compratore, nel pagare il prezzo della vendita eccedente i ducati cinquanta, ne ritiene una somma minore di ducati cinquanta per pagarla, col consenso del venditore, ad un creditore di costui, si va a formare una delegazione, la quale costituisce una convenzione novella distinta dalla vendita, comunque stabilita ad occasione di quella; e tale convenzione essendo assoluta, e fin

dal suo nascere non riguardando che una somma minore di ducati cinquanta che si reputa passata *brevi manu* dal venditore al compratore per l'oggetto indicato, non può la somma istessa considerarsi parte e residuo di somma maggiore nel fine di escludere la prova testimoniale. C. S. di Napoli, 9 aprile 1850.

che 150 formano il totale del debito, si dovrebbero in vero udire i testimoni; ma allorchè con la loro deposizione sarà provato che i 150 franchi fan parte di più grossa somma, la pruova sarà inutile, e la vostra domanda respinta, dappoichè chiedereste una parte di una somma maggiore di 150 fr. La contraria dottrina di Maleville, sulla quale ritorneremo al n° IV, è un errore respinto ben a dritto da tutti gli scrittori.

La somma richiesta, minore di fr. 150, potrebbe far parte di una somma maggiore della prescritta, ed essere quindi rifiutata d'altro modo. Potrebbe ella essere la frazione già corsa di un credito, di cui le altre frazioni son passate ai vostri coeredi per la morte del creditore primitivo. Se a modo di esempio, per la morte di vostro padre, voi e i vostri due fratelli avreste un credito di 300 fr., non potreste nemmeno provare coa testimoni pei franchi 100 che formano il terzo del credito, uell'istesso modo, che vostro padre non lo poteva per l'intero credito, o per qualunque parte di esso. E soprattutto per tal caso a richiesta del Tribunale si sono aggiunte al nostro articolo 1344 (1298) le parole *o far parte* non esistenti nel progetto (Fenet, tom. XIII, p. 169).

III.—Non si può infine provare con testimoni per una somma minore di 150 fr., quando essa è il residuo di una somma maggiore; ed anche qui, nonostante la dottrina contraria e falsa di Maleville, la domanda dovrebbe rigettarsi anco dopo fatta la pruova, se quella circostanza fosse provata dai testimoni ammessi a deporre, perchè ignoravano i giudici che la richiesta somma fosse il residuo di altra eccedente la voluta dalla legge.

Sarebbe altrimenti se il creditore offrisse di provare con testimoni, non il debito primo maggiore dei franchi 150 la cui somma ora richiesta è il residuo, ma una promessa posteriore che specialmente riguardava quest'ultima somma. Così allorchè vi ho prestato franchi 300 innanzi a testimoni, e voi me ne avete restituito 160, io non potrei, se voi lo negaste, fare udire

(onde avere pagati i franchi 140 di resto) i testimoni in faccia a cui avete ricevuto i miei franchi 300; ma se dopo avervi io prestato tale somma con testimoni o senza, mi restituiste *in presenza di testimoni* franchi 160, e *promettete di pagarmi* in quel tempo gli altri 140, i testimoni potranno essere intesi. Nel primo caso in cui il credito è di 300 franchi, la legge non permette che si odano testimoni; nel secondo invece non figurando il credito di 300 franchi, sarà necessario udire i testimoni per conoscere se in quel giorno voi vi siete riconosciuto mio debitore di 140 franchi. Che monta in quest'ultimo caso, che una promessa prima di 300 franchi abbia preceduto la nuova di 140, e ne sia stata la causa? Non si dee provare perchè mi avrete promesso 140, ma solo se è vera la promessa; quindi può farsi la pruova con testimoni. Senza fallo, io aveva contraffatto alla legge nel giorno in cui io aveva dato in prestito 300 franchi senza volerne scrittura, nè potrei ora far pruova testimoniale per alcuna parte di essa somma; ma versando la pruova che io intendo fare sopra i 140 franchi, debbono udirsi i testimoni. Il giorno in cui voi eravate mio debitore soltanto di 140 franchi, io ho potuto provare con testimoni il vostro debito come non avrei potuto la prima volta. Così decidono Pothier (numero 756) e Toullier (IX, 46), nè per quanto sappiamo, vi ha alcuna autorità contraria.

Con più forte ragione sarebbe ammessa la pruova testimoniale se io fossi stato sempre creditore dei fr. 140 che richiedo. Allorchè io vi vendo per franchi 300 un cavallo, per il quale voi mi date al momento 160 franchi, riconoscendo innanzi a testimoni dovermi franchi 140, tali testimoni potranno essere intesi; dappoichè si vorrà provare, non già che si è fatta la vendita di un cavallo per il prezzo di 300 franchi (tali circostanze saranno accessorie), ma semplicemente che avete riconosciuto dovermi 140 franchi. Qui non esiste nemmeno la ragione di dubitare che sopra avrebbe potuto opporsi: non si può più dire in senso alcuno, che i franchi 140 sieano

il rimanente di un credito maggiore, perchè dell'altra porzione di prezzo pagatami quando vi rilasciava il cavallo, non sono stato mai vostro creditore. Recaci meraviglia come Duranton, che la pensa del pari, abbia però giudicato tal quistione così delicata da discuterne lungamente (XIII-322), e ci ha sorpreso che tai varî punti non siano stati cennati nel trattato di Bonnier.

IV. — Maleville (nell'art. 1344 (1298)) mal comprendendo la dottrina di Potthier ed abusando delle parole « quando sia dichiarato che tal somma faccia parte o residuo » insegna che la prova testimoniale sarebbe efficace e dovrebbe fare aggiudiicare la dimanda se il creditore non dichiarasse che la richiesta somma sia residuo o parte di un credito maggiore di 150 franchi, nonostante il fatto provato con testimoni. Gli è questo un errore, perchè ben si comprende quanto sarebbe non logico ed anche immorale il legislatore che dicesse al creditore: « Succumberete se francamente e lealmente agite dichiarando che i franchi 150 richiesti sono residuo o parte di un credito di 300 fr. Se però dite, mentendo, che una tal somma formi l'intero del vostro credito, voi vincerete, non ostante che la vostra menzogna sarà poi provata ».

Toullier respinge una tal dottrina (IX, 45 e 46) e Bonnier (num. 103) ed anche Duranton (t. XIII, 323) il quale, quantunque abbia mal compreso su tal punto il principio della legge, riconosce suo malgrado che l'idea di Maleville è contraria alla mente del legislatore. Quanto a Potthier, di cui Maleville alloga l'autorità, ci non ha detto nulla in tal senso, insegnando soltanto (n. 756) al par di noi, che la prova testimoniale sarebbe ammissibile se la somma minore a 150 franchi si dovesse in virtù di una promessa posteriore alla convenzione primitiva ed il creditore chiedesse soltanto di provare tale promessa.

V. — Innanzi di venire ai seguenti articoli, dobbiam far notare che il nostro articolo 1344 (1298) fa toccar colle mani l'errore di Duranton rilevato da noi sotto l'art. 1341 (1295). — Se la prova testi-

moniale, come dice il dotto professore, dovesse o no ammettersi secondo la somma *richiesta*, il valore *della domanda*, il nostro articolo di certo non vi sarebbe, nè la prova testimoniale sarebbe respinta per la domanda d'una somma minore di 150 franchi, conforme il nostro articolo, quando essa è residuo o parte di una somma maggiore: dippiù Duranton censura amaramente cotesta disposizione (XIII, 321) che è per lui tale *assurdo* da dovere *togliersi affatto dal Codice* (numero 223, *in fine*). Difatti il nostro articolo è assurdo nel sistema di lui, ma il suo non è quello della legge; e la stessa assurdità, la contraddizione del sì e del no in cui cade l'onorevole scrittore, avrebbe dovuto avvertirlo della falsa via da lui tenuta, e di non avere ben compreso il principio dello art. 1341 (1295).

Cotesto errore proviene dalla falsa idea di Duranton, ammessa pure da Demante (II, nn. 826 e 827), che il divieto della prova testimoniale sia nato dal solo timore che si subornassero i testimoni. Se fosse ciò vero, allora, poichè la legge ha un timore abbastanza grave per le somme maggiori di 150 fr. e non per quelle minori (non cercandosi in fatti falsi testimoni per bagattelle), la prova testimoniale dovrebbe ammettersi *tutte le volte* l'attore non domandi più di 150 fr. Che i 150 fr. sieno tutto il credito, ovvero residuo di altro maggiore, di cui una frazione è stata pagata, o soltanto parte di un credito, di cui il creditore, per non perderlo tutto, sacrifica il resto, non monterebbe: quando da una mano, io non domando più di 150 fr. nè posso ottenerne di più, e dall'altra la legge ammette il tenore della subornazione (che per ipotesi supponiamo il solo motivo del divieto) per un interesse maggiore di 150 fr., la mia domanda deve accogliersi. In questo sistema adunque la prova testimoniale dovrebbe ammettersi o no, secondo il valore della domanda, e dovrebbero cassarsi i nostri articoli 1343 e 1344 (1297 e 1298).

Ma abbiamo veduto dal sopraccitato preambolo dell'ordinanza di Moulins, e si vede

anche più chiaramente dalla disposizione dei nostri due articoli, non essere questo il sistema della legge, la quale ha voluto impedire, per quanto era possibile, la prova testimoniale, non solo per le false testimonianze, ma puro per le difficoltà, per le lentezze e gli ostacoli che ella trae seco la prova testimoniale. Sotto questo secondo aspetto, ben diverso dal primo, essa ha fissato pure la somma di 150 franchi essendo impossibile il proibire assolutamente la prova testimoniale, e il volere una scrittura (e quindi un atto notatile, quando le parti non sapessero scrivere) per convenzioni di 25 o 30 franchi, o anche per meno. Ma l'essere identica la differenza nei due casi, non fa che i due motivi non siano fra loro diversi e non portino diverse conseguenze. Per effetto del secondo motivo, se la somma richiesta (sebbene minore di 150 fr:

non fa temere legalmente la subornazione) è parte o residuo di una somma maggiore di 150, non sarà ammessa neanche la prova testimoniale. « Io voglio », dice il legislatore, fatta anche astrazione del pericolo dei falsi testimoni, che non si ammetta, per quanto è possibile, la prova testimoniale, e quindi ho prescritto che si faccia una scrittura ogni qualvolta ne valesse la pena, cioè quando l'interesse fosse maggiore di 150 fr. Voi eravate tenuto a ciò per l'obbietto di cui domandate ora una parte, per quanto poca sia; la vostra domanda fa così introdurre la prova testimoniale in un caso in cui è vietata dalla mia regola: non la farò dunque buona ».

Così divengono molto semplici e razionali le disposizioni stimate assurde da Demante e Duranton, i quali non riguardano intero il concetto della legge.

1345 (1299).—Se nel medesimo libello una parte fa più domande delle quali non abbia titolo in iscritto, ma che congiunte insieme eccedano la somma di cento cinquanta franchi, la prova per testimoni non può essere ammessa, ancorchè la parte

alleghi che tali crediti provengono da cause diverse, e che si sien formati in tempi diversi, purchè simili diritti non derivassero da diverse persone per titolo di successione, donazione o altrimenti.

SOMMARIO

- I. Quando più crediti, che non eccedono i 150 fr., riuniti sorpassino quel valore, una scrittura divien necessaria.*
- II. La regola non è già per i diritti o crediti per i quali può farsi la prova testimoniale; si eccettuano solo quelli che provengono da altre persone. Errore di Toullier.*

- III. È pur così, non avendo riguardo se i diritti sieno anteriori o posteriori a quelli che restano soggetti all'articolo. Osservazione sulla dottrina di Duranton.*
- IV. Confutazione della censura fatta al nostro articolo da Toullier.*

I. — La legge, avendo dichiarato nei due precedenti articoli inammissibile la prova testimoniale per qualunque eredito che in principio sia maggiore di 150 fr., quand'anche fosse poi diventato minore, ovvero se ne chiedesse una parte minore di 150; la legge, dico, nel nostro e nel seguente articolo stabilisce essere inammissibile la prova testimoniale per tutto o parte dell'interesse che ecceda i 150 franchi al tempo della domanda, sebbene sia stato minore in principio.

L'art. 1342 (1296), come si è osservato, applica quest'idea ad un credito unico che si accresca coi suoi accessori, i nostri articoli lo estendono a parecchi crediti insieme riuniti.

Quando alcuno sia divenuto successivamente creditore rispetto ad altri di varie somme (o altri valori), ciascuna delle quali minore a 150 fr., ma che riunite sono maggiori, ha dovuto pretendere una scrittura, quando i suoi diritti eccedevano la metà stabilita dalla legge. Così se vi

ho venduto in gennaio una cosa per 100 franchi che non mi avete pagato; in marzo ve ne ho noleggiato un'altra per 40 franchi che neppur pagaste, e poi mi domandate in prestito 20 franchi; elevandosi il mio dritto contro di voi a 160 per questa ultima piccola somma, io posso prestarvela facendo una scrittura che comprovì, o i tre debiti, o almeno uno di essi, di modo che io possa sempre ottenere contro di voi la prova testimoniale per non più di 150 franchi.

La legge vuol questo; e siccome il nostro articolo, ordinando che si aggiungesse lo ammontare dei vari crediti richiesti *nella medesima istanza*, farebbe facilmente violare la regola (potendosi dal creditore far tante istanze, quante sono le cose dovute), il seguente articolo, per far che la regola sia applicata, prescrive che tutte le domande sian fatte con unica citazione, pena di non essere più ammesse.

II.—A formare il totale che eccedendo 150 franchi renda impossibile la prova testimoniale, non si devono contare i crediti, che si possono provare sempre con testimoni. Così non si conteranno: 1° quelli che avendo un principio di prova per iscritto possono essere provati con testimoni, giusta l'articolo 1347 (1301); 2° quelli che nati quando era impossibile il farsi una scrittura, possono pienamente provarsi con testimoni, secondo l'art. 1348 (1302). Non era necessario che il nostro articolo enunciasse coteste idee, perchè non si sarebbe mai vietata la prova testimoniale per crediti, i quali benchè riuniti eccedessero i 150 franchi, pure ciascuno benchè *per se solo* fosse maggiore di quella somma, non fosse governato dal divieto.

Ma oltre tali restringimenti (che non sono propriamente eccezioni alla regola, perchè essa non li abbraccia) havvi una eccezione nel nostro articolo che riguarda i dritti, i quali benchè non governati nè dall'articolo 1347 (1301) nè dall'articolo 1348 (1302) non potrebbero essere governati senza ingiustizia dalla nostra disposizione, essendo nati presso persone diverse, e riuniti poi in una sola persona per succes-

sione o in altro modo. Così se io vi avessi prestato 100 franchi senza scrittura, e altrettanti in ugual modo mio fratello, essendo costui morto senza discendenti nè ascendenti, io sarei vostro creditore di 200 fr., ovvero viceversa se io avessi prestato a voi 100 franchi ed altrettanti a vostro fratello, voi poi diverreste mio debitore di 200 come solo erede del fratello. In questi e in altri simiglianti casi non sono in colpa di non avere scrittura, poichè senza mia volontà si sono riuniti i vari dritti, minore ciascuno di 150 franchi, e riuniti eccedenti quella somma. I due crediti adunque potranno provarsi contro di voi come avrebbero potuto esserlo da mio fratello e da me separatamente, o da me contro di voi e di vostro fratello.

Ma da tale eccezione pei dritti derivanti da persone diverse, non vuolsi inferire con Toullier (IX-52), che vi sia pure eccezione pei dritti che derivano da una sola persona e che poi si dividono in più. Così quando mio padre che è vostro creditore di 100 franchi per una vendita fatta senza scrittura, ve ne ha prestati altri 100 anche senza scrittura, mio fratello ed io rimasti suoi eredi, non potremmo provar con testimoni, ciascuno pei nostri 100 fr., come mio padre non l'avrebbe potuto pei 200.

Sotto qualunque aspetto la cosa si riguardi, parrà giusta la nostra sentenza e chiaro l'errore di Toullier.

E dapprima, come mai gli eredi del creditore avrebbero maggiori dritti che lo stesso creditore? Come mai il padre avrebbe morendo trasmesso ai suoi figli una facoltà ch'egli non aveva? Toullier dice che la prova testimoniale che non poteva farsi per accidente, stando riuniti in una persona i due crediti, deve permettersi quando i due crediti distinti si separano.

Due errori in una volta; perchè da una mano i due crediti sono indivisi l'uno e l'altro come prima; i due eredi non hanno l'uno il credito del prestito, e l'altro quello per la vendita; ma ciaschedun di loro ha la metà dei due crediti, per forma che la riunione dei due crediti in unica

persona esiste sempre (per la metà di ciascuno) presso ognuno degli eredi, come (per l'intero) presso il defunto. E poichè i due crediti son sempre congiunti, vien meno l'argomento cavato dalla loro pretesa separazione (che solo si può immaginare per dar colore alla eresia di Toul-lier). D'altra mano, fossero anche i due crediti realmente separati l'uno dall'altro, come se il creditore primo avesse legato, donato o venduto ciascuno di essi a due diverse persone, come mai ciò renderebbe ammissibile la pruova testimoniale? Forse i crediti acquistano maggiore energia passando da uno a più creditori? Forse la condizione di un debitore, reale o preteso, può divenire peggiore perchè il creditore dividerà fra più persone i vari crediti suoi? Quindi per poter provare con testimoni tutti i piccoli crediti eccedenti i 150 franchi, sarebbe necessario che tanti cessionari, veri od apparenti per quanto sono i crediti, ne facessero la domanda! — Per poco che si ponga mente, ben si comprende come l'idea di Toul-lier è assai contraria a tutto il sistema dei nostri articoli! Perchè mai il nostro art. 1345 (1299) vieta la pruova testimoniale per un interesse di oltre 150 fr. quando pure si dichiarasse provenir la somma da crediti diversi? Perchè la legge teme i falsi testimoni, e non sarebbe più difficile dichiararsi la somma come proveniente da più crediti, che da un solo: per ciò quando mi domandate 300 franchi che io sostengo non dovere (e che forse non devo), voi non potrete provar con testimoni nè i due pretesi debiti di 150 fr. nè un solo di 300. Or come si vorrebbe mai che i due eredi o pretesi cessionari del mio preteso creditore potessero con falsi testimoni essere ammessi a provare che i 300 fr. proven- gano da due debiti di 150 fr. per uno?

L'errore di Toul-lier, che non è neppure specioso per quanto riguarda gli eredi, (poichè nemmeno esiste per essi la pretesa separazione dei crediti) è pertanto egualmente certo per tutti gli altri successori quali che siano.

III. — I crediti che son governati da MARCADE, *tol. III, p. I.*

gli articoli 1347 o 1348 (1301 o 1302) (pei quali è inapplicabile il nostro articolo), come pur quelli che provengono da diverse persone (e pei quali l'articolo fa una eccezione) dovranno essere esclusi dal calcolo, precedano o seguano gli altri crediti del medesimo attore. Così allorchè vi domando 200 fr., cioè 100 prestativi, ed altri 100 depositati presso di voi in un incendio (art. 1348 (1302)), non importa se il deposito abbia preceduto o seguito il prestito, in tutti i casi io potrò ottenere pei miei due crediti la pruova testimoniale.

Infatti, se il deposito necessario ha preceduto lo imprestito, io avrei potuto pretendere da voi una scrittura divenendo vostro creditore di oltre 150 franchi. Ma se posso pretenderla, non vi *sono* però *co- stretto*; essendochè io posso ben dire che al mio deposito essendo inapplicabile il nostro articolo, doveva quindi esserlo al mio prestito, ed essendomi permessa la pruova testimoniale, io non doveva pretendere da voi un titolo scritto (e farvi pagare inutilmente le spese di un atto notarile se voi non sapete scrivere). La uguale osservazione regge per il caso in cui, prima del prestito, avessi avuto contro di voi uno o più crediti di 100 fr. per uno, che provengono per successione o in altro modo da varie persone: poichè la legge fa eccezione alla regola, senza distinguere se siano anteriori o posteriori ai crediti eccettuati, io non ho punto contraffatto alla legge bastandomi la pruova testimoniale. La legge è di certo molto severa in tutti i nostri articoli, nè si possono estendere le sue disposizioni.

Duranton (XIII-324) applicando un sistema molto strano, e che per mala ventura s'incontra spesso nell'onorevole scrittore, incomincia a *provare*, come noi ab- biam fatto, che in tal caso la pruova testimoniale deve ammettersi assolutamente, non ostante che esistano e sieno noti dei crediti a cui non si applica il nostro articolo; di poi senza altro nuovo argomento conchiude esser difficile la quistione, ed esser lui *tratto a credere che i tribunali*

non ammetterebbero la pruova testimoniale. Che importa ciò? La è forse una quistione di fatto che debbono valutare i magistrati? No: egli è un punto di dritto; e se è vero, come dice Duranton, che la pruova testimoniale è ammessa dal Codice, una sentenza che la dichiarasse inammissibile violerebbe la legge e dovrebbe esser cassa.

IV. Secondo il nostro articolo, come ben si vede, non può ammettersi la pruova testimoniale per tutti insieme, e per ciascuno dei dritti che si hanno contro la stessa persona, quando essi, a solo, minori di 150 fr. sieno maggiori riuniti, tranne che tali dritti non provengano da diverse persone, ovvero non sieno di quelli per cui la legge ammette la pruova testimoniale.

È questa una conseguenza indiretta, ma necessaria, dello stesso principio dell'articolo 1344 (1293), è un mezzo per assicurarne l'adempimento; nè comprendiamo l'amara censura di Toullier contro siffatta disposizione (IX-48). Poichè la legge, per tema che si subornassero i testimoni per un interesse maggiore di 150 fr., non

volle ammettere contro il mio preteso debitore la pruova testimoniale per una somma o un valore eccedente i 150 fr., era necessario, onde essere conseguente, di dettare la regola del nostro articolo. Altrorchè per mezzo di falsi testimoni avessi voluto far condannare un tale a pagarmi 200 o 300 fr., avrei ben potuto far deporre che egli mi era debitore di 100 o di 150 fr. per un prestito fatto in quel tempo, e di altrettanta somma per un oggetto vendutogli in quell'altro tempo. Indarno Toullier dice esser chimerico il timore, richiedendosi diversi testimoni per ciascuno dei crediti allegati, dappoichè, a prescindere che il sistema, essendo molteplici i crediti, restringerebbe il dritto di provare con testimoni (per modo che Toullier si contraddice, pretendendo che il dritto dovrebbe essere assoluto in questo caso), questo sistema dico, sarebbe altronde insufficiente, poichè il creditore vero o preteso, avrebbe a procurarsi un maggior numero di falsi testimoni. Quegli che sa procacciarsene due o tre potrà bene procacciarsene quattro o cinque.

1346 (1300).—Tutte le domande, da qualunque causa procedono, che non sieno interamente giustificate per mezzo di scrittura, debbono proporsi in un mede-

simo libello, dopo il quale non potranno riceversi altre domande delle quali non esista la pruova scritturale.

SOMMARIO

- I. Quest'articolo mira a garantire l'esecuzione del precedente, e a restringere il numero delle liti. — *Inesattezza di Demante.*
- II. Esso non si applica ai dritti nati dopo intentata l'azione. *Errore di Delvincourt.*
- III. Nemmeno si applica ai dritti non ancora esi-

gibili. — *Insufficienza della dottrina degli scrittori. — Errore di Zachariae.*

- IV. Le domande non giustificate con una scrittura, che non son comprese nella medesima citazione, sono poi non ammissibili. *Errore di Toullier e di Duranton.*

I. — Sarebbe stato inutile il divieto della pruova testimoniale per le domande che, minore ognuna di 150 fr., riunite sieno maggiori, se il preteso creditore avesse potuto non riunirle e fare ognuna di esse a parte e successivamente. Il precedente articolo vuol che le varie domande si facciano insieme; a non riuscire derisorio, dal nostro articolo si ordina che tutte

si fossero fatte con unica istanza.

L'articolo dunque mira a sanzionare il precedente e a garantirne l'adempimento. Ma non è questo il solo oggetto nè si potrebbe pienamente spiegare la sua disposizione stando al primo motivo, come a torto fa Demante (II-831). L'articolo si propone anche di restringere per quanto è possibile il numero delle piccole liti.

Infatti: 1° Si debbono fare insieme e con una medesima istanza non solo le varie domande, che riunite dovranno eccedere 150 fr., ma pur quelle che riunite restano minori. 2° Si debbono anche fare le domande di oltre 150 fr. non solo quelle per le quali è vietata la prova testimoniale, e che sono governate dal precedente articolo, ma anche quelle per le quali è assolutamente permessa la prova testimoniale, o per un principio di prova per iscritto (art. 1347 (1301)), o perchè impossibile di procurarsi un titolo (art. 1348 (1302)). Difatti, secondo l'articolo, si debbono riunire tutte le domande che non sieno interamente giustificate per mezzo di scrittura, aggiugnendosi che non potranno riceversi poi quelle domande delle quali non esiste la *prova scritturale*, e non solo un principio di prova per iscritto. 3° Da ultimo non si tratta solo dei dritti nati per una persona, ma anche di quelli che provengono da diverse persone, sebbene queste ultime sieno eccettuate dalla disposizione dell'art. 1345 (1299): di che non si può aver dubbio, paragonando la disposizione assoluta del nostro articolo alla distinzione scritta nel precedente. In coteste tre idee non si tratta del divieto della prova testimoniale, e sotto questo triplice aspetto il nostro articolo tende solo a restringere il numero delle liti, a combinare insieme parecchie istanze, e ad ottenere maggiore speditezza negli affari. Se la legge avesse qui voluto proteggere il principio stanziato dall'articolo 1341 (1295) e garantito dall'articolo 1345 (1299), non avrebbe richiesto che si riunissero le domande che non possono provarsi con testimoni, ed avrebbe escluso dalla regola: 1° I dritti che si fondano sopra un principio di prova per iscritto (articolo 1347 (1301)) o per i quali non si può avere un titolo (art. 1348 (1302)). 2° Tutti quelli che riuniti non eccedono i 150 fr. (art. 1341 e 1345 (1295 e 1299)). 3° Quelli che, riuniti eccedendo 150 fr. nè governati essendo dagli art. 1347 e 1348 (1301 e 1302), possono anche provarsi con testimoni, perchè provengono da diverse per-

sone. Col motivo di Demante si spiega dunque in una sola parte la regola del nostro articolo.

II. — La regola non si applica ai crediti (o altri dritti) nati dopo introdotta l'azione. Sarebbe assurdo che io metlessi fra le mie domande quella di un dritto che non ho e che non sospetto forse neppure possa avere. Quando l'articolo ordina che si domandino insieme tutti i crediti non giustificati per mezzo di scrittura, parla certamente di quelli che esistono; e di conseguenza i crediti (non giustificati sempre per mezzo della scrittura) che non si possono più ammettere dopo, sono unicamente quelli che già esistendo non sono stati racchiusi nella prima citazione. Non avremmo inmorato su tale idea, se per una inconcepibile stranezza, Delvincourt non avesse detto il contrario (sez. II, § 6, nota 3). Egli, a rendere apparentemente ragionevole la sua falsa dottrina, inconincia dal separare le due proposizioni dell'articolo; di poi spiegando la seconda, come assoluta e indipendente dalla prima, dice che quando un creditore ha dovuto provare per mezzo di testimoni il suo dritto contro il debitore che nega, ed ha riconosciuto la mala fede di costui, non si può ritenere che gli abbia poi prestato senza scrittura anche una lieve somma, e quindi non sorprende che la legge voglia che un credito nato dopo la prima domanda sia giustificato per mezzo della scrittura.

Quante false idee in poche parole! E primieramente, il dichiararsi inammissibili dopo una prima azione le domande (non giustificate per mezzo di scrittura) che in quella non sono state comprese, non è assoluto e indipendente dalla regola per cui tutte le domande debbono riunire nella medesima istanza; ma ne è invece conseguenza e sanzione. Perchè io ponga nella medesima istanza tutte le domande (non giustificate per mezzo della scrittura) è vietato che si possano poi ricevere quelle che ne avrei escluso. Se è chiaro che l'ordine di riunire le domande non riguarda i dritti che non esistono quando io intendo l'azione, è pur chiaro ch'essi non

son nemmeno riguardati dal divieto di accogliersi qualunque domanda posteriore.— D'altra mano, seppur si riguarda sotto l'aspetto incasato di Delvincourt, la ragione ch'egli ne dà è insieme falsa e insufficiente (fosse anche vera) per menare alla sua conclusione. È falso da una mano, che io non possa contentarmi della prova testimoniale per provare, rispetto anche ad un debitore poco delicato, un credito che non ecceda 150 fr., poichè ammessala per poco bastano i testimoni per sottrarmi dall'arbitrio di lui. Senza fallo io non devo rispetto a tal debitore privarmi di qualunque sorta di prova (in ogni caso ciò riguarda me e non la legge); ma io posso contentarmi d'una prova testimoniale quando è ammessa. Infine, quando pure l'argomento di Delvincourt, nella speciale ipotesi in cui egli si pone, fosse tanto decisivo quanto non è, sarebbe sempre di poco momento per la quistione. Infatti, il nostro articolo non è solo fatto per un prestito o altro qualunque credito nato per volontà del creditore; non solo per questi crediti, secondo Delvincourt, sarebbe inammissibile la domanda per non essere stata compresa nella prima istanza (non ostante che sorga poi il dritto), ma per tutti i crediti non giustificati per mezzo della scrittura, sieno nati con, o senza la volontà del creditore. La qual circostanza fa toccare con le mani l'errore da noi combattuto. E che! perchè ho sperimentato contro di voi due o tre anni fa un'azione, nella quale ho dovuto riunire e ho riunito in fatti i diversi crediti non giustificati per mezzo della scrittura, non potrei oggi provar con testimoni che voi mi dovete ristorare per la ferita cagionatami pochi settimane addietro! Non si potrebbe ammettere cotesta nuova domanda di cui è nata la causa pochi giorni fa, per lo strano pretesto di non averla formata due anni sonò!

Adunque il sistema di Delvincourt è falso in tutto; una nuova domanda (che non è giustificata per mezzo della scrittura) non

può dichiararsi inammissibile se riguardi dritti nati dopo lo sperimento d'una prima azione, perchè la inammissibilità deriva dal non essersi fatta una domanda, insieme colle altre, nella prima azione.

III. — Quel che diciamo dei dritti che non erano nati al tempo della prima azione, si estende a quelli per pretendere i quali non era ancora venuto il tempo?

Gli scrittori trovano evidente l'affermativa; e Bonnier specialmente la vede tanto chiara che non solo non ne dà alcun motivo, ma gli basta annunciarla solo per incidenza con dire: « Questa disposizione che comprende *EVIDENTEMENTE* i debiti *CORSI*; » e poi passa ad altra quistione (1). Non ostante tal supposta evidenza, Zachariae (V, p. 715, nota 41) si dichiara contrario a quegli scrittori, e la sua dottrina se è erronea secondo noi, è degna almeno di discussione, e gli scrittori ebbero torto di non riguardare questo punto di dritto con maggiore importanza.

Per la negativa si dice: che il tempo più o meno remoto in cui si ha dritto a riscuotere, non entra nella quistione; e che dovendo giusta l'artic. 1345 (1299) ogni creditore i di cui dritti son giunti a 150 franchi, procurarsi una prova scritta (tranne che nol possa) per tutto ciò che accrescerà appresso i suoi dritti, la sua obbligazione non può venir meno perchè il novello credito o uno degli antichi possa riscuotersi in tempo remoto.

Ma cotesta idea che potrebbe far gravemente dubitare, non basta per far decidere; ed ecco ciò che a me sembra doversi dire; la prescrizione stabilita dagli articoli 1341 e 1345 (1295 e 1299), siccome la sanzione data dal nostro articolo 1346 (1300) sono certamente abbastanza rigorose, nè si può andare più oltre. Le regole dell'interpretazione non permettono che si estenda l'art. 1346 (1300) che è una disposizione eccezionale, penale anche nella sua ultima parte, e tutto ciò che non è vietato, vien permesso come per dritto

(1) Toullier (IX-50); Favard (Rep., alla parola *Prova*, n. 14); Bérault (XIII-321); Dalloz (se-

zione 2, art. 2, n. 14); Bonnier (n. 105).

comune. Si violerebbero dunque i principi fondamentali della legge per volere profundar troppo lo spirito dei nostri articoli, se si pretendesse ciò che essi non vogliono. Pertanto l'art. 1345 (1299) vuol che si accumulino tutte le domande fatte *nella medesima istanza*, e il nostro art. 1346 (1300) ordina che si riuniscano nella medesima istanza e si formino con unica citazione tutte le domande non giustificate per mezzo della scrittura. Or non si possono domandare i crediti per riscuotere i quali non sia venuto il tempo; essi dunque non possono domandarsi nella istanza introdotta per gli altri; dunque la regola non li governa.

Zachariae fa obbiezione, che se i crediti non esigibili non possono domandarsi con la citazione, possono almeno indicarsi, acciocchè il giudice li valuti insieme con gli altri. Avrei potuto farlo, ma non era obbligato; e la legge essendo abbastanza severa, io non dovevo far più di quello che da essa si pretendeva. L'art. 1346 (1300) prescriveva ch'io facessi insieme tutte le domande (non giustificate per mezzo della scrittura) e ciò ho fatto; l'art. 1345 (1299) prescriveva che si annullassero tutte le domande e l'ho fatto; ed ecco tutto; volere altro sarebbe un far da capo la legge, non spiegarla od applicarla. La legge avrebbe potuto andare più in là; avrebbe potuto dire nell'art. 1346 (1300) che il creditore, chie-

dendo i crediti capaci di esser chiesti, indicasse gli altri, e poi ordinare nell'articolo 1345 (1299) che si annullassero tutti i crediti chiesti o indicati; ma non avendolo fatto, non v'è dritto a farlo.

Adunque la dottrina degli scrittori, se è insufficiente in sostanza, è perfettamente esatta, ed è invece erronea quella di Zachariae.

IV. — Ma le disposizioni troppo severe del nostro articolo, se non debbono estendersi, debbonsi ammettere intiere, e quindi bisogna confutare un errore commesso qui da Toullier (IX, 49) e da Duranton (XIII, 328).

Essi insegnano che le domande non giustificate per mezzo della scrittura, che non furono comprese nella citazione, non possono provarsi con testimoni, ma saranno nondimeno ammissibili, salvo all'attore un altro mezzo di pruova, deferendo il giuramento al suo avversario. Tal dottrina si oppone al testo ed allo spirito del nostro articolo; al testo perchè dice, non che le domande posteriori non potranno provarsi con testimoni, ma, che non saranno ammesse; al suo spirito perchè si vogliono menomare le liti. O col giuramento deferito allo avversario, o colla pruova testimoniale si farebbe sempre una liti nuova; si succederebbero sempre le istanze, quando la legge ne voleva una sola.

2. Eccezioni al divieto della pruova testimoniale.

I due principi sviluppati nel precedente paragrafo, cioè: 1° che la pruova testimoniale è inammissibile per un interesse maggiore di 150 fr.; e 2° che è inammissibile, anche per un interesse minore, contro od oltre il contenuto negli atti; soffrono eccezione in tre casi: 1° quando vi è un principio di pruova per iscritto (articolo 1347 (1301)); 2° quando è stato

impossibile avere una pruova per iscritto (art. 1348 (1302)); e 3° quando sono affari commerciali (art. 1344 (1295)).

Svilupperemo questi tre casi, indicando in fine i motivi per cui rigettiamo la dottrina che ne ammette un quarto nel consenso dato dall'avversario per farsi la pruova testimoniale.

1347 (1301). — Le regole esposte di sopra ammettono eccezione, quando esiste un principio di pruova scritturale.

Si ha per tale qualunque scrittura che derivi o da colui contra il quale si propone la domanda, o da quello che egli

rappresenta, e che rende verisimile il fatto allegato.*

SOMMARIO

I. Oggi il principio di pruova per iscritto, è sotto le condizioni indicate nel nostro articolo. Errore di Toullier.

II. Quindi non può scorgersi nè nell'atto privato che l'avversario nega o disconosce finchè non vi sia stata verificaione; nè in vantaggio d'un creditore, nelle quietanze da lui firmate. Diversi errori di Toullier.

III. Un atto può essere, o scritto da una persona, e non firmato, o semplicemente firmato; oppure nè scritto nè firmato da essa. In quest'ultimo caso bisogna che l'atto sia ricevuto da un pubblico ufficiale capace di attestare da chi l'atto emani. Errore di Toullier.

IV. La scrittura deve render verosimile ciò che si allega. — Questa condizione non ha luogo

nel titolo costitutivo di una rendita, quando si vuol provare essere stata interrotta la prescrizione di tale rendita. — Errore di due decisioni. E nemmeno nell'atto che enuncia, come formata fra parecchi una convenzione, ma a cui non tutti avrebbero assentito. Errore di Toullier, e di Duranton.

V. Essa ha vaglia per il biglietto che porta la firma del debitore, senza il buono voluto dall'art. 1326 (1280). Errore di Delvincourt. Enell'atto fatto semplice in contravvenzione all'art. 1325 (1279 M). Errore di Duranton, Bonnier, Zachariae, ecc.

VI. Il nostro articolo non fa punto eccezione all'art. 1346 (1300).

I.—Il divieto che si faccia un' intera pruova per testimoni; non toglie che si renda completa con essi la pruova di cui qualche scrittura dà un principio: il nostro articolo permette la pruova testimoniale quante volte ciò che si allega e si vuol provare si fonda sopra un principio di pruova per iscritto. Se non fosse stato definito dalla legge ciò che intendesi per principio di pruova per iscritto, si avrebbe potuto aver per tale qualunque scrittura che renda verosimile il fatto allegato; ma oggi non esiste più quella latitudine di un tempo, quando eran mute intorno a ciò le ordinanze. Legalmente vi è principio di pruova per iscritto, quando la scrittura riu-

nisca in se le due condizioni: 1° di rendere verosimile il fatto; 2° di emanare da colui a cui si oppone.

Toullier (IX, 70, 90, ec.) tenta invano di schivare il testo del nostro articolo, allegando or l'autorità di antichi scrittori, come Boiceau, Danty, ecc.; ora le disposizioni degli art. 1329 (1283) (posto in armonia coll' articolo 1367 (1391)) 1335 (1289), 2° e 3°, 1336 (1290) affin di sostenere che non debba aversi riguardo alla persona da cui l'atto emani. Non volendo qui notare, perchè ci trarrebbe troppo in lungo, tutte le idee inesatte annunciate in questa materia dal dotto professore di Rennes, risponderemo da una mano che nella

* Massime della C. S. di Napoli:

— Un verbale di conciliazione fatto nello interesse di minori, non costituisce contro i medesimi neppure un principio di pruova scritta. 1° ottobre 1822.

— Non forma principio di pruova capace a fare ammettere la pruova testimoniale per la simulazione di un atto fra le parti quello che può interpretarsi nel senso di quest'atto e nel senso opposto. 6 marzo 1827.

— Le confessioni che si fanno innanzi a' giudici penali possono tener luogo di principio di pruova per iscritto. 7 luglio 1827.

— E principio di pruova scritta anche una scrittura fatta nell' interesse di un analfabeta, ma autenticata da notaio e firmata da testimoni. 28 febbraio 1832.

— Dalle clausole di un contratto non può trarsi

un principio di pruova che valga per l'ammissione della pruova testimoniale diretta a rovesciarlo. 17 febr. 1849.

— Non costituisce principio di pruova scritta quegli atti nei quali non si è intervenuto. 24 luglio 1851.

— Il magistrato non può ritenere le scambievoli deduzioni delle parti in giudizio come principio di pruova, per ammettere una pruova vietata dalla legge. 17 luglio 1852.

— L'interrogatorio non può somministrare principio di pruova per ammettersi la pruova testimoniale. 21 agosto 1852.

— Un documento intimato dal debitore nel corso del giudizio, quantunque non provenga da lui, può nondimeno servir contro di lui come principio di pruova per iscritto. 3 aprile 1853.

quisione non fa peso l'autorità degli antichi scrittori (poichè al tempo loro non era stato legalmente definito il principio di prova per iscritto); e che d'altra mano, se pure gli art. 1329, 1367, 1335 e 1336 (1283, 1324, 1289 e 1290) menassero alle conseguenze che vuole Toullier, coteste disposizioni sarebbero sempre eccezionali, le quali anzichè distruggere confermerebbero la regola.

La regola è troppo formale: il secondo paragrafo del nostro articolo è fatto unicamente per dire, che la scrittura che renda verosimile ciò che si allega deve emanare da colui a cui si oppone.

Essendo dunque in errore Toullier, bisogna ritenere insieme cogli scrittori e la giurisprudenza, essere certe le due disposizioni: 1° per la prova delle convenzioni o altri fatti anteriori al Codice Napoleone, non dovere i giudici aver riguardo alla persona da cui l'atto emana; 2° pei casi governati dal Codice non potere i giudici ammettere una scrittura che non emani dall'avversario (o dal suo autore o da chi lo rappresenti) senza violare il nostro articolo, e correre il rischio di vedere annullate le loro statuizioni (1).

II. — Da questo primo e capitale, Toullier è stato tratto ad altri errori nei particolari.

Così, per esempio, se il mio avversario nega il carattere o la firma che io pretendo esser di lui, o non riconosce il carattere o la firma del suo autore (articolo 1323, 1324 (1277, 1278)), la scrittura allegata da me come principio di prova, potrebbe solo valere, se verificata in giudizio. Finchè non si raccerti se la scrittura sia o no di quello a cui è attribuita, non si può dire che l'atto emani da lui; ma questa appunto è la questione. Quando dunque Toullier (IX, 76) novvera fra le scritture che costituiscono principio di prova, quelle private di cui il carattere o la firma son negati o non ricono-

sciuti, incorre in un grave errore rigettato a buon diritto da Bonnier (n° 108) e da Zachariae (V, p. 731).

Erra similmente insegnando (IX, 99) che il creditore di una rendita, contro cui è opposta la prescrizione dallo erede del debitore, può allegare come principio di prova per iscritto, affin di poter provare con testimoni la interruzione della prescrizione, le quietanze dei decorsi date al debitore (che, morto costui, si sono menzionate nell'inventario steso nel suo domicilio, come esistenti fra le sue carte). Certamente le quietanze non emanano dal debitore, ma dal creditore; esse se non per sè stesse, almeno perchè esistono fra le carte del debitore, possono render verosimili contro di lui i pagamenti enunciati, e che il creditore allega si sieno fatti; ma delle due condizioni volute, ne hanno una sola che è la prima, non essendo atti emanati da colui a cui si oppongono. — Le quietanze possono rendere soltanto *verosimile* contro il debitore, che siensi realmente fatti i pagamenti allegati dal creditore; ma non potremmo ammettere che li rendono *certi*, ed ecco una nuova contraddizione alla dottrina di Toullier. Infatti, il celebre professore insegna, che se vi è un semplice principio di prova (e quindi una semplice verosimiglianza dei pagamenti allegati) quando le quietanze che trovansi annotate nell'inventario si riferiscono a pagamenti posteriori a quelli che il creditore pretende avere interrotta la prescrizione, vi sarebbe piena prova (e quindi certezza che i pagamenti sieno stati effettivi) se esse si riferissero ai pagamenti allegati come interrompenti. Or ciò non è da ammettersi; quando affin di provare ciò che la quietanza raccerta, cioè la liberazione del debitore, essa si allega da colui di cui è il titolo, cioè dal debitore contro il creditore, certamente prova contro quest'ultimo il pagamento enunciato, e rende verosimili quelli anteriori. Ma quando al-

(1) Merlin (Rep., alla par. *Principio di prova*); Duranton (XIII-352); Bonnier (nn. 107-108); Zachariae (V, p. 733); Sebire e Carteret (alla parola

Principio di prova); Demolombe (V-503); Rig., 17 nov. 1829; Rig., 16 ag. 1831; Cass., 30 dicembre 1839 (Dev., 31, 1, 404; 40, 1, 139).

l'incontro la quietanza è stata allegata dal debitore contro il creditore che l'ha scritta, non fa piena pruova, non essendo impossibile che un creditore, essendosi prescritta la sua rendita, mettesse, o facesse mettere nelle carte del debitore, a sua insaputa, una o molte quietanze che indichino i presunti pagamenti di decorsi che non sono stati mai fatti.—Adunque le quietanze allegata dal creditore non potranno mai rendere certi i pagamenti da lui allegati, ma solo verosimili; ma d'altra mano, non emanando gli atti da quello contro cui si oppongono, non potranno essere nemmeno per il creditore un principio di pruova per iscritto.

III.—Il principio di pruova per iscritto può essere o in una scrittura firmata da un tale, o in linee scritte e non firmate, o in fine in atti nè scritti nè firmati da lui. Così, da una parte, le enunciazioni fatte da una persona o nei suoi registri, o in una lettera missiva, o in altro luogo, potranno certamente, fossero anche non firmate, esser principio di pruova per iscritto di tutti i fatti che quelle renderanno verosimili, poichè vi è una scrittura; ed emana da colui a cui si oppone e rende verosimile il fatto allegato che sono appunto le condizioni richieste.—D'altra parte, l'atto nè scritto nè sottoscritto dalla persona potrebbe sempre esser principio di pruova per iscritto contro di lei, se è un atto autentico che abbia la sua forza indipendentemente dalla firma. In tal caso sarebbe un atto notarile in cui essendo voi intervenuto senza firmare, si fa menzione che la vostra firma manca perchè voi non sapete nè potete scrivere. Similmente un verbale d'interrogatorio sopra fatti ed articoli (articolo 334, 336 (418, 430), del Codice di procedura), di comparsa all'ufficio di conciliazione (art. 48, 58 (TT) del Codice

di procedura), ecc. ecc. ecc. (4).

Ma se l'atto che non è scritto nè sottoscritto dalla persona, fosse nullo o per vizio di forma o per incompetenza od incapacità dell'ufficiale che lo redige, l'ufficiale che avrebbe agito senza le condizioni volute dalla legge, non sarebbe stato capace di raccattare le enunciazioni dell'atto, nè si potrebbe dire che l'atto emani dalla persona. Perchè la nullità dell'atto autentico non tolga che desso sia principio di pruova contro una persona, bisognerebbe la sua firma; ma quando da una parte non vi è firma, e dall'altra, l'ufficiale che ha raccattato le enunciazioni, non è di quelli ai quali la legge impone si presti fede, l'atto non può dirsi emanare dalla persona, e quindi è impossibile che contro lei si opponga. Dunque è pure erronea la dottrina contraria di Toullier (IX-90) (2).

Colui a cui l'atto si oppone, non dev'essere fisicamente quello da cui è emanato. Qui, come sempre, l'erede è legalmente la medesima persona del suo autore, e il mandante del suo mandatario, ec.

IV.—L'altra condizione che vuolsi secondo ragione, perchè la scrittura possa fare ammettere la pruova testimoniale, si è che dessa renda verosimile il fatto che si vuol provare.

Così non bisognerebbe ammettere, come han fatto due decisioni (3), che il titolo costitutivo di una rendita possa esser principio di pruova a fin di stabilire la interruzione della prescrizione allegata dal debitore, perchè il titolo non rende nè certo nè verosimile la interruzione di prescrizione allegata dal creditore. Il titolo pruova che la rendita sia dovuta; ma quando il debitore, tuttochè riconosce che si sia dovuta la rendita, oppone la prescrizione, e il creditore pretende e vuol provare che

(1) Rig., 6 ap. 1836, 19 giugno 1839, 21 febbrajo 1843, 15 marzo 1843, 31 mag. 1848, 15 maggio 1850, 22 e 23 lug. 1851, 8 marzo 1852; Parigi, 31 lug. 1852, 20 ag. 1853 e 24 maggio 1855; Cass., 22 ap. 1854 (Dev., 1856, I, 747; 1849, I, 462; 1843, I, 660 e 584; J. P., 1848, t. II, pagina 554; 1852, t. I, p. 53 e t. II, p. 703; 1853,

t. II, p. 65, 280 e 289; 1855, t. I, p. 591 e t. II, p. 268; Cass., 18 ag. 1854 (J. P., 1856, t. I, pagina 257).

(2) Pothier (*Obbligaz.*, n. 809); Duranton (XIII, 332); Zachariae (V, p. 733).

(3) Tolosa, 18 mag. 1831; Caen, 20 mag. 1840 (Dev., 31, 2, 302; 40, 2, 300).

sia interrotta la scrittura che comprova la rendita non rende punto verosimile la interruzione, e non mette nulla nè può nè contra tal fatto. Non è dunque un principio di prova; e le soprariferite decisioni sono incorse in un errore che non si comprende e che a buon dritto è rigettato dagli scrittori e dalla giurisprudenza recente.

Non potrebbe nemmeno render verosimile una convenzione allegata, nè quindi essere principio di prova per iscritto, l'atto che enunciando quella come fatta da parecchi, fosse stata sottoscritta da alcuni soltanto e rigettata da altri. Per esempio, quando una scrittura, autentica o privata, porge che Pietro abbia venduto il suo immobile a cinque compratori in solido e che tro soltanto han sottoscritto insieme col venditore, essendosi gli altri recusati a recare in effetto la convenzione, l'atto, chechè ne dicano Toullier e Duranton (vedi art. 1318 (1272), n. IV), non potrebbe essere contro coloro che han sottoscritto nè una prova, nè un principio di prova, e non autorizzerebbe nè coloro che han sottoscritto e che volessero comprare, nè quello che volesse vendere, a provar con testimoni che la vendita si è effettuata, e debba eseguirsi. Abbiamo già dimostrato (loc. cit.) che un tale atto non fa prova, e ben si comprende che nemmeno è un principio di prova.

Infatti la firma di Pietro prova che egli consente a vendere ai cinque individui indicati nell'atto, ma non rende nè certo nè verosimile che abbia consentito a vendere ai tre che han firmato: forse egli si determinava a vendere per uno di quelli che si negarono di effettuare il contratto. Parimente la firma degli altri tre prova che essi consentono a comprare in cinque, ma non rende nè certo nè verosimile che abbiano voluto comprare in tre. In somma l'atto firmato da quattro prova essersi progettata una vendita a cinque da un sesto, essersi accettata da quattro, rigettata da due; ma non rende punto verosimile che non effettuati il progetto della vendita a cinque, se ne sia fatta una a tre (nè, che più monta, vi sia stato il progetto di

MARCADE, col. III, p. J.

vendere a tre, nulla accennando che a ciò si sia pensato). L'una delle parti adunque non potrebbe giovare della scrittura per essere ammessa a provare con testimoni che siasi fatta la vendita, o ciò è detto con molta ragione dalla decisione di rigetto dei 26 luglio 1832: « Attesochè per il rifiuto di due dei cinque compratori, essendosi rotto il contratto quale si era progettato, diventava necessario un altro accordo fra le parti, nè la prova di esso poteva farsi con testimoni, essendochè la vendita sottoscritta da alcuno dei cinque compratori fa prova della vendita a cinque, ma nè può servire di prova, nè di principio di prova, di un'altra vendita fatta a due o tre (Dev., 32, I, 492) ».

Toullier e Duranton vanno quindi lontani dal vero insegnando che un similgiante atto formi, fra coloro che l'hanno sottoscritto, non un semplice principio di prova, ma una prova piena.

V. — Al contrario la scrittura rende verosimile ciò che si allega, e forma quindi principio di prova, per cui si può ammettere la prova testimoniale, quando si tratta d'un biglietto (o altra promessa unilaterale) sottoscritta da colui a cui si oppone, e che per far piena prova manca soltanto del *buono* od *approvato* di lui, giusta l'art. 1326 (1280).

Infatti il non ammettersi dalla legge come sufficiente prova del debito il biglietto sottoscritto, non può fare inferire che desso non sia *mai* sincero e provenga *sempre* o dall'errore di colui che ha sottoscritto una cosa diversa da quella che credeva, o dall'abuso fatto della sua firma posta per fiducia, od anche senza scopo sopra una carta bianca. Siffatta idea non sarebbe molto ragionevole, anzi contraria alla verità dei fatti, dappoichè fra moltissimi biglietti sottoscritti, certamente sarebbero più i veri che i falsi. Secondo la legge adunque il biglietto semplicemente sottoscritto non è sempre fraudolento, ma solo lo può esser facilmente; ed essendo facile la frode, non si ammette come prova piena. Ma poichè è certo, che un siffatto biglietto sarà per lo più sincero, anzichè fraudolento,

rende dunque probabile, verosimile lo enunciato debito, e quindi si può provare con testimoni. Potrà avvenire diversamente, secondo le particolari circostanze della specie: per esempio, se la natura e la forma della carta, come il luogo, rispettivo della firma e della scrittura, facciano supporre che la scrittura sia stata posta dopo al di sopra di una firma gettata per caso sopra un pezzo di carta bianca, e allora la scrittura non rende verosimile il debito. Ma in principio la cosa è diversa, perchè la frode, per quanto sia facile, sarà sempre l'eccezione. La dottrina contraria di Delvincourt e di alcune decisioni, l'ultima delle quali della Corte di Lione è dei 26 gennaio 1828, deve esser quindi rigettata, come difatti lo è stata dal più degli scrittori, e dalla giurisprudenza (1).

Dà verosimiglianza, ed è quindi un principio di prova per iscritto, chechè si sia detto, anche l'atto privato, il quale enunciando una convenzione sinallagmatica, è stato sottoscritto da tutte le parti, senza esser fatto in doppio, secondo l'art. 1325 (1279 M). Questo punto è molto controverso (2), ma pure ci sembra evidente.

Perchè vi sia principio di prova per iscritto, è necessario, secondo il nostro articolo, che si presenti una scrittura, che dessa emani da colui a cui si oppone, e infine che renda verosimile il fatto che si vuol provare. Or la è questa una scrittura? Certo che sì. Emanava ella dall'avversario? Certo anche che sì, poichè è firmata da lui. Rende ella verosimile la convenzione che riferisce? A noi sembra, non ostante tutti gli sforzi fatti, che questo terzo sia evidente come i due primi punti. Io presento un atto che spiega e comprova per disteso una vendita fattami da Pietro;

l'atto è sottoscritto da me e da lui, e si pretende che esso non renda punto verosimile che si sia fatta la vendita! Invero si vuol negare la evidenza; nè tal controversia può altrimenti spiegarsi che con la preoccupazione che lo studio del dritto fa nascere nella mente per le mille ed una regole riguardanti i particolari. È questo uno di quei punti in cui le sottigliezze della scienza soffocano la voce della ragione e del buon senso...

No: si può dire, il vostro atto non potrebbe in dritto render verosimile la legge. In fatto avete ragione. In fatto si può dire che la scrittura firmata renda verosimile ed anche certa la vendita; ma non è così secondo la teoria, buona o cattiva, della legge. Giusta l'articolo 1325 (1279 M), una convenzione sinallagmatica è legalmente provata per mezzo della scrittura, quando si sono scritti due atti conformi, in cui siesi fatta menzione di essersi adempiuta tal formalità. Dunque legalmente l'atto unico prova soltanto un progetto; ma non perciò si rende certo e verosimile che desso siesi recato in effetto. — Cotesto argomento, su cui in sostanza si fonda il sistema contrario, vien meno se un accurato esame si faccia. Qui, riguardo all'art. 1325 (1279 M), si commette l'errore in cui incorre Delvincourt riguardo all'art. 1326 (1280), e che abbiamo detto essere stato rigettato con ragione dagli scrittori e dalla giurisprudenza. Si ragiona come se il legislatore volesse che un atto non fatto in doppio, sebbene sottoscritto da tutte le parti, sarà sempre il risultamento di un semplice progetto, mentre egli vuol soltanto che potrebbe esserlo alle volte.

Un atto che enuncia diligentemente il

(1) Merlin (*Rep.* alla parola *Biglietti*, § 1); Toullier (VIII 281); Duranton (XIII 189); Zachariae (V, p. 666); Bonnier (n. 354); Lione, 18 dic. 1828; Civ. Rig., 1 luglio 1828; Ric. Rig., 4 febr. 1829; Bordeaux, 31 marzo 1830; Ric. Rig., 4 mag. 1831; Ric. Rig., 31 marzo 1832; Metz, 28 marzo 1833; Ric. Rig., 18 nov. 1834; Ric. Rig., 6 febr. 1839; Ric. Rig., 26 feb. 1845 (Dev., 31, I, 197; 32, I, 251; 35, I, 49 ed I, 393; 39, I, 289; 43, I, 731); Bourges, 11 giugno 1851; Nîmes, 18 nov. 1851; Parigi, 31 luglio 1852 e 20 ag. 1853 (J. P., 1851, t. II, p. 38, ecc. 1853, t. II, p. 278, 280 e 289).

(2) Neg., Merlin (*Rep.* alla parola *Scrittura doppia*, n. 8); Delvincourt (I, II); Solon (*Nullità*, II 29); Boncenne (IV, 197); Dalloz (art. 3, n. 9); Troplong (*Vendita*, I-33); Poujol (n. 8); Bordeaux, 3 marzo 1826; Besanzone, 12 giugno 1828; Grenoble, 2 ag. 1839; — *Aff.*, Favard (*Rep.* alla parola *Atti sotto firma privata*, sez. 1, § 2); Duranton (XIII-104); Chardon (*Dol*, I, 125); Bonnier (numero 563); Zachariae (V, p. 652); Amiens, 15 luglio 1826; Bourges, 29 marzo 1831; Bordeaux, 31 luglio 1839 (Dev., 40, 2, 196).

contratto stabilito fra parecchie persone, che comprova di essersi effettuato il contratto, ed è firmato da tutte, è di certo cosa gravissima; e se alle volte esso può esistere, essendo ancora in progetto la convenzione, non potrebbe dubitarsi che per lo più esiste dopo stabilito il contratto. Certamente non di ordinario, ma per eccezione può avvenire che si firma da una parte e dall'altra come stabilita una convenzione che è solamente un progetto, onde poi si leghino definitivamente quando si fa il doppio originale. Ciò tronca la quistione. Da una mano, potendo alle volte esser firmato un semplice progetto, l'articolo 1325 (1279 M) non vuol che da quelle firme si cavi la certezza di essersi formato il contratto; ma siccome d'altra mano si appongono per lo più le firme, quando il contratto è stabilito, esse, tuttochè non provino in dritto il contratto, lo rendono probabilissimo, verosomigliantissimo tanto in dritto che in fatto.

VI. Il Codice dice, che il principio di prova per iscritto fa eccezione *alle sopra esposte regole*; ma e dalla spiegazione e dal testo medesimo dell'art. 1346 (1300) ben si comprende non applicarsi a quest'ultimo. Imperocchè la sua regola (per la quale si debbono riunire in una sola

istanza tutte le domande che il creditore può fare contro il debitore, pena il non ammettersi poi quelle non compresevi) riguarda tutte le domande che non sono *interamente* giustificate per mezzo della scrittura. La regola dell'art. 1346 (1300) si applica, non ostante il testo del nostro articolo 1347 (1301), tanto a un principio di prova per iscritto, quanto, non ostante il testo dell'art. 1348 (1302), al caso in cui non si è potuto procurare una prova scritta.

Ciò facilmente si spiega: per un principio scritto di prova, o per la impossibilità di avere una scrittura, doveva cessare il divieto della prova testimoniale; ma siccome la regola dell'art. 1346 (1300) non mira soltanto a ciò, ma bensì a menomare le liti, (anche quando si ammette la prova testimoniale), non dovevano fare eccezione i nostri art. 1347 e 1348 (1301 e 1302). I quali dicono assolutamente di fare eccezione *alle sopra esposte regole*; ed è questo il male: ma ciò non dee far meraviglia, se si consideri che l'art. 1346 (1300) non esisteva quando furon compilati gli altri due, ed è stato inserito dopo nel progetto, senz'altro che si siano modificati i due testi, che con quella aggiunta diventavan troppo estesi (Fenet, t. II, pag. 496).

1348 (1302).—Le predette regole soggiacciono anche ad eccezione, ogni qual volta non sia stato possibile al creditore di procurarsi una prova letterale dell'obbligazione contratta verso di lui.

Questa seconda eccezione si applica:

1° alle obbligazioni che nascono da quasi-contratti, e da delitti o quasi-delitti;

2° a depositi necessari fatti in caso di incendio, rovina, tumulto o naufragio; ed a quelli fatti da viaggiatori nell'osterio

dove alloggiano: e ciò secondo la qualità delle persone e le circostanze del fatto;

3° alle obbligazioni contratte in caso di accidenti non preveduti che non permettersero di fare atti per iscritto;

4° nel caso in cui il creditore abbia perduto il titolo che gli serviva di prova scritta, in conseguenza di un caso fortuito, non preveduto e proveniente da una forza irresistibile.*

* Massime della C. S. di Napoli.

— L'articolo 1302 delle leggi civili non è applicabile se non quando sia stato impossibile di procurarsi una prova per iscritto, 9 febbraio 1825.

— Trattandosi di provare un fatto, ed in specie un possesso materiale, è ammissibile la prova testimoniale, 23 agosto 1849.

— È ammissibile la prova testimoniale per di-

mostrare che i fondi espropriati sono gli stessi che quelli ipotecati, comunque col tempo abbiano cambiata denominazione, 13 novembre 1851.

— Non incontra divieto delle leggi la prova testimoniale ordinata per la frode dedotta nell'acquisto di un fondo, 28 febbraio 1852.

— Trattandosi di dolo è ammessa la prova per testimoni, 21 agosto 1852.

SOMMARIO

- I. Divisione dell'articolo in due regole. La prima è che la pruova testimoniale si ammette quando non ha potuto farsi una scrittura.*
- II. Questa regola si applica al 1°, al 2° ed al 3°. Ella non abbraccia punto tutti i quasi-contratti; e se l'allegazione di un delitto, o quasi-delitto, implica quella di un fatto, per cui si poteva avere una scrittura, la pruova testimoniale è pure inammissibile. — Errore di alcune decisioni.*
- III. Questa prima regola abbraccia degli oggetti di pruova non indicati dal testo, specialmente il dolo, l'errore, la violenza, ecc. Ma se non può provarsi per testimoni il dolo (l'errore, ecc.) cui si attribuisce un contratto, non si può punto provare il contratto che si attribuisce al dolo. — Errore di una decisione.*
- IV. Per medesimezza di ragione, la pruova orale della simulazione di un atto, in generale non può farla l'autore di esso, come lo possono i terzi. È altrimenti, se la simu-*

lazione nasconda una frode alla legge.

- V. Seconda regola; spiegazione del 4°: la pruova testimoniale si ammette quando è impossibile di conservar la pruova in iscritto. Tre punti si stabiliscono in questo caso. In generale, non è necessario che i testimoni abbiano letto la scrittura, e ne riferiscano il tenore. Errore di Toullier, Duranton, Zachariae e Bonnier.*
- VI. Altri errori di una decisione di cassazione, e di Mangin.*
- VII. Vi ha pure eccezione ai due principi dell'art. 1341 (1293) in materia di commercio — Duplice errore, di dritto e di fatto, di Bonnier — L'eccezione s'applica alle consegne fatte ad appaltatori di trasporto, di oggetti destinati ad esser trasportati.*
- VIII. Non v'è altra eccezione; e la pruova testimoniale diviene inammissibile pel consenso che vi darebbe la parte avversa. Controversie.*

I.—Ai due principi dell'art. 1341 (1293) si fa un'altra eccezione quando non è imputabile la mancanza di una scrittura perchè risulta dalla natura stessa delle cose.

Questa eccezione, che dal nostro articolo non è generalmente espressa, si suddivide in altre due, secondochè sia stato impossibile il procurarsi una scrittura (ciò comprende il 1°, il 2° e il 3° dell'articolo) ovvero soltanto sia stato impossibile conservarsi quella che si era procurata (che è il 4°). L'articolo è mal redatto, perchè fa rientrare il 4° caso, non meno che i tre primi, nella impossibilità di procurarsi la scrittura; se dessa si è distrutta o perduta, avea potuto procurarmela. Quindi impossibilità di procurare la scrittura (1°, 2° e 3°); impossibilità di conservarla se fatta (4°).

E primieramente, ammettesi la pruova testimoniale in tutti i casi, e solo in quelli in cui colui che la chiede non ha potuto fisicamente o moralmente procurarsi una pruova scritta. Questa è la regola secondo ragione; e tale ci vien porta dal primo paragrafo del nostro articolo, che dice asso-

lutamente non potersi ammettere pruova testimoniale *quando non è stato possibile procurarsi una pruova scritta*. Le proposizioni del 1°, del 2° e del 3° sono esempi e casi di applicazione che non potrebbero nè restringerla nè estenderla. Non debbono estenderla, e sebbene il 1° parli dei quasi-contratti assolutamente, non sarebbe ammissibile la pruova testimoniale per il quasi-contratto in cui si è potuto avere una pruova scritta. Non possono nemmeno restringerla, e non essendosi realmente potuto avere una scrittura è da ammettersi la pruova testimoniale, sebbene non si fosse in uno dei particolari casi indicati dal testo.

La impossibilità non dev'essere fisica soltanto, ma pure morale, come dimostriasi dagli esempi dei depositi fatti in uno albergo, e di cui parla il 2°; è altronde un punto riconosciuto dalla giurisprudenza (1).

II.—1° Il nostro articolo applica primieramente la regola ai quasi-contratti, ai delitti, e quasi-delitti. A tutti i quasi-contratti assolutamente e in quanto son quasi-contratti; solo al più dei quasi-contratti, e in

(1) Parigi, 9 ap. 1821; Bourges, 24 nov. 1824; Pau, 1 ap. 1810; Nîmes, 19 mag. 1844 (Dev. e Car.,

1844, I, 345); Bordeaux, 18 marzo 1852 (J. P., 1854, I, II, p. 291).

quanto chi fa la domanda non abbia potuto avere una prova scritta (1). Così la prova testimoniale non sarebbe permessa a colui che pretendesse avermi pagato 500 fr. non dovuti (art. 1376 (1300)), perchè egli ha potuto e dovuto ritirarsi la quitanza del pagamento; non gli è stato dunque impossibile il procurarsi una prova scritta.

Tanto pei delitti e quasi-delitti, quanto per il resto, l'eccezione si applica sempre all'impossibilità; e se allegandosi un delitto vi si implica un contratto od altro fatto lecito e che il delitto presuppone, e poteva comprovarsi per iscritto; colui che non proverebbe il fatto per mezzo di scrittura (o d'un principio di prova per iscritto) non potrebbe provar con testimoni lo stesso delitto. — Così se allego che voi avete violato un deposito (non necessario) o un mandato, la mia domanda racchiude due idee, due oggetti; il contratto che si forma fra me e voi, e la violazione fattane da voi. Or se il secondo oggetto può provarsi con testimoni giusta il nostro articolo (poichè essendo un delitto, mi è stato impossibile avere una prova scritta), non così il primo, che è il contratto potutosi e dovutosi comprovare per iscritto. Diverse decisioni, che non avean fatto tal distinzione che cavavasi dalla natura stessa delle cose, sono state a buon diritto casse dalla Corte Suprema (2). Similmente se pretendo che l'atto da voi oppostomi, o come quietanza o in altro modo, deriva dall'abuso di una carta bianca a voi confidata, io allego due fatti, che la legge non mi consente poter provare dello stesso modo: Da una mano sostengo avervi confidato una carta bianca; dall'altra, che la pretesa quietanza è stata fatta da voi illecitamente per mezzo di essa. Or la prova testimoniale permessami per il secondo fatto, non lo è per il primo; perchè la rimessa di una carta bianca non è un delitto, ma un fatto lecitissimo, e di cui poteva

chiedervi una ricevuta; non sono stato nella impossibilità di procurarmi una prova scritta. È anche un punto riconosciuto dalle decisioni (3).

2° Dall'esempio cavato dai quasi-contratti, delitti e quasi-delitti, la legge passa a quello dei depositi necessari.

Diconsi propriamente depositi necessari quelli che sono costretti da una fisica necessità, come da un incendio, una inondazione, un naufragio, o altri accidenti simili (1348-2°, 1949-2° (1302, 1821)); e il nostro, siccome l'art. 1952 (1824), pareggia i depositi fatti dai viaggiatori negli alberghi, essendovi una morale necessità che deve far seguire le medesime conseguenze. Per siffatti depositi, in ragione ora del pericolo per cui non si può badare a fare un atto, ora della noia estrema che tale obbligazione imporrebbe ai viaggiatori e agli osti, evvi in un caso una impossibilità fisica, morale in un altro di avere una prova scritta, e quindi il nostro, come lo art. 1951 (1823) permette formalmente la prova testimoniale. Del resto, siccome la eccezione, benchè molto ragionevole, potrebbe di leggieri dar luogo ad abusi, la legge non la stabilisce assolutamente nel senso che il giudice debba ammetter sempre la prova testimoniale. Per l'opposto conferisce al giudice un potere di arbitrio per cui può ammettere o respingere la prova testimoniale, secondo che la natura, la quantità e il valore degli oggetti richiesti, la condizione e il carattere delle persone, e tutte le altre circostanze rendano o pur no verosimile la domanda: il tutto, dice l'articolo, *secondo la qualità delle persone e le circostanze del fatto*.

Esamineremo più in là (sotto il n. VII) se si può egualmente provar con testimoni di avere rimesso ad un vetturale degli oggetti da trasportarsi altrove.

3° L'eccezione applicata dal 2° al depo-

(1) Essa si applica specialmente ai quasi-contratti di gestione d'affari. — V. Bourges, 6 ap. 1841; Cass., 19 marzo 1843; Bordenaux, 20 giugno 1853 (J. P., 1843, t. I, p. 388; 1847, t. I, p. 467; 1855, t. I, p. 286). — Vedi Troplong (*Del Mandato*, n. 147); Zachariae (§ 765, note 5); Mourlon (I. II, p. 722).

(2) Cass. d'una decisione di Nîmes, 26 settembre 1823; Nîmes, 20 febr. 1828; Cass. d'una de-

cisione d'Aix, 16 maggio 1829; Orléans, 12 giugno 1833; Rigi., 23 dic. 1835; Cass. d'una decisione di Montpellier, 20 ap. 1844 (Dev., 1836, I, 141; 1844, I, 948).

(3) Rigi., 5 mag. 1831; Tolosa, 5 giugno 1841; Riom, 30 marzo 1844 (Dev., 1831, I, 188; 1842, II, 12; 1844, II, 321).

sito necessario, propriamente o impropriamente detto, è stanziata generalmente dal 3° per tutte le obbligazioni contratte per effetto di altri accidenti imprevisi e nei quali è stato similmente impossibile il fare una scritta.

Così viaggiando con qualche amico, incontro in un luogo isolato un amico che è stato spogliato dai ladri, e gli dò in prestito 500 fr. affinché continui la sua via. Del pari un militare, nella confusione di una sconfitta, divide la sua borsa con un camerata, e ciascuno di loro fugge per parti opposte. In questi ed altri simiglianti casi non si sarebbe potuto fare una scritta; e se mai il debito fosse poi negato da chi tolse il prestito, ovvero se i suoi eredi, morto lui, dichiarassero non averne conoscenza, il prestatore potrebbe provarlo con testimoni. Del resto, per analogia del 2° il giudice avrebbe qui lo arbitrio di cui abbiamo sopra parlato.

III. — Se, come abbiain detto, i casi di applicazione indicati dal 2° e dal 3° del nostro articolo non possono estendere la regola di dritto e di ragione sancita dal primo paragrafo, non possono nemmeno restringerla; non può ammettersi la prova testimoniale se non quando colui che richiede non abbia potuto procurarsi una prova scritta.

Così, sebbene l'articolo non indichi questi altri casi, io potrò provar con testimoni l'errore, la violenza o il dolo che pretendo mi abbiano determinato a fare quella convenzione, o il tale atto o il tal fatto. In vero non ho potuto farmi dare una riconoscenza scritta o del dolo che si praticava contro di me, o della violenza di cui era vittima, o dello errore in cui mi trovava. La impossibilità qui si tocca con le mani.

— Gli è pur così quando il terzo vuol provare che un atto a lui pregiudizievole sia simulato e non vero, ovvero fraudolento. Certamente egli non ha potuto chiedere una

riconoscenza scritta della frode o della simulazione fatta a suo danno.

Tutti questi casi son dunque compresi nella regola, per la quale chiunque non ha potuto procurarsi una prova scritta, può essere ammesso alla prova testimoniale. La giurisprudenza è ferma intorno a ciò (1).

Ma se io posso con la prova testimoniale *provare il dolo* (ovvero l'errore o la violenza) che io pretendo essere intervenuto nel contratto; ciò non basta, come è stato detto alle volte, perchè io possa dell'uguale maniera *provare il contratto* che io pretendo provenire dal dolo (o dalla violenza o dall'errore), ma che il mio avversario sostiene non essere mai esistito.

Così, sostenendo che la vendita di tali oggetti che non è stata da voi punto contrastata, sia stata da me consentita per effetto del dolo, per cui io posso fare annullare il contratto, io voglio provare il dolo, e quindi lo posso con testimoni; ma se volendo sostenere contro di voi che pretendete di non esservi alcun contratto fra noi, che voi mi avete tratto con dolo a depositare presso di voi certi oggetti, io intendo allora provare due cose; che voi abbiate usato dolo contro di me, e che un contratto di deposito si è fra noi costituito; or si può provare con testimoni il dolo, ma non però il contratto. Non perchè il deposito (allegato da me, e negato da voi) derivi dal dolo, io non poteva richiedervene una scrittura: non sono stato dunque nell'impossibilità di procurarmi una prova scritta, non posso quindi provarlo con testimoni. Fa meraviglia che una Corte di appello abbia potuto giudicare il contrario, confondendo così la prova *del dolo* con la prova *del contratto* che dal dolo deriva; e bene dirittamente fu cassa la sua decisione dalla Corte Suprema.

La decisione di annullamento (2) è stata da noi citata per sostenere l'altra proposizione di sopra fermata (n. II), che quando

(1) Bordeaux, 22 genn. 1828; Tolosa, 15 marzo 1834; Bordeaux, 7 marzo 1835; Tolosa, 22 gennaio 1838; Decisione della C. S. dei 24 marzo 1829, 26 ap. 1830, 5 genn. 1831, 1 febr. 1832, 20 dicembre 1832, 31 luglio 1833, 31 giugno 1835, 4

febr. 1836, 28 nov. 1838, 2 lug. 1839 (Dev. e Car., 1831, I, 8; 1832, I, 139; 1833, I, 144 e 840; e II, 537; 1835, I, 428; e II, 263; 1836, I, 839; 1838, II, 129; 1839, I, 626 e 813).

(2) 20 ap. 1844 (Dev. e Car., 1844, I, 848).

il delitto che si vuole provare presuppone il contratto (o altro fatto lecito) messo in dubbio come lo stesso delitto, la prova complessa non può farsi allora solo per testimoni, dappoichè per il contratto non esiste la impossibilità di una prova scritta, come per il delitto. Nella specie si presentavano tanto la regola del n. II, che quella del n. III. L'attore voleva provare per testimoni di essere stato tratto dal dolo del suo avversario a fargli un deposito ch'era stato poi violato. Tre cose si allegavano: il dolo che avea fatto nascere il deposito, il deposito la sua violazione; e siccome da una parte la seconda delle tre cose (cioè il contratto) non poteva provarsi con testimoni, poichè il deponente avrebbe potuto averne una scritta, e d'altra parte, la prova offerta insieme per tutte e tre le cose allegate era semplicemente quella per testimoni; tal prova non doveva ammettersi.

Lo ripetiamo: si può provare con testimoni il dolo, l'errore o la violenza per cui fuoli nato un contratto, ma non si può così provare il contratto che fuoli nato dalla violenza, dall'errore o dal dolo, tranne che la violenza, ove questo vizio vi fosse, si fosse usata affine di impedirvi di avere una scrittura dall'altra parte contraente. Allora si allegherebbe di essere stato nella impossibilità di avere una prova scritta; e provando con testimoni la violenza che vi ha posto nella impossibilità, si potrebbe anche provare con testimoni lo stesso contratto.

IV.— Similmente, mentre la simulazione di un atto può provarsi con testimoni dal terzo cui l'atto reca pregiudizio, perchè gli è stato impossibile di avere una prova scritta, non potrebbe esserlo da quello che è stato parte nell'atto, ed ha concertato la simulazione, essendo stato facile a costui il procurarsi una prova scritta dalla simulazione.

Così, quando in un atto io dichiaro di vendervi la mia casa, ma apparentemente e fittiziamente, i miei creditori potranno provarne con testimoni la simulazione, essendo stato loro impossibile procurarsi una scrittura; ma io non lo potrò, non essendomi stato impossibile di farvi sottoscrivere una controscrittura che smentisca l'atto ostensibile. La Corte di Riom è andata dunque in errore dichiarando permessa in tal caso la prova testimoniale, e a buona ragione è stata cassa la sua decisione che falsamente applicava il nostro articolo, e violava l'articolo 1344 (1295) (1).

Ma è egli così? La prova testimoniale della simulazione allegata è del pari interdotta alla parte quando si è nascosto un atto proibito come contrario all'ordine pubblico?

La quistione è delicata, ed è stata diversamente soluta in un solo e medesimo affare (Boulet C. Lapeyre); negativamente dalla Corte di Riom, affermativamente dalla Corte Suprema, che annullando ai 29 maggio 1827, rinviò innanzi la Corte di Lione. Quivi fu anche risoluto negativamente, ed essendosi nuovamente portato ricorso, la Corte di cassazione, a camere riunite, conformemente alle conclusioni del sig. Dupin si accostò alla opinione delle due Corti di appello, decidendo la frode alla legge potere provarsi oralmente da qualunque persona interessata, anche da colui ch'è stato parte nell'atto simulato. Cotesta dottrina dottamente censurata da Devilleneuve, ci sembra esatta, e dirittamente è stata adottata da una quasi costante giurisprudenza (2).

Da una parte, l'art. 1353 (1307) ammette la prova per semplice presunzione per ogni caso di frode, e quindi tanto per quella fatta alla legge, che per quella pregiudizievole soltanto agli individui; e ciò ragionevolmente, dacchè la prima è certa-

(1) Cass., 6 ag. 1828; Rig., 30 ap. 1838 (Dev., 1838, I, 437).

(2) Rig., camere riun., 7 mag. 1836 e osservazioni del compilatore delle decisioni (Dev., 36, I, 674); Bordenux, 7 ap. 1827; Caen, 25 lug. 1827, Rig., 18 febr. 1829; Angers, 27 marzo 1829; Bour-

ges, 2 giug. 1831; Lione, 21 marzo 1832; Cass. (di una decisione di Polliers e di un'altra di Montpellier), 11 giug. 1838; Nîmes, 25 genn. 1839; Limoges, 16 ap. 1843; Lione, 17 nov. 1818; Cass., 9 genn. 1850 (Dev., 31, 2, 248; 32, 2, 391; 38, I, 192; 39, I, 177, 49, 2, 334; 50, I, 132).

mente più grave dell'altra. Spiegando l'articolo 1353 (1307) vedremo che, non ostante la sua mala redazione per cui parrebbe dire il contrario, si può provare con testimoni in tutti i casi in cui lo si può per semplice presunzione. Da altra mano, in questo caso, la persona a cui reca pregiudizio la simulazione che fa frode alla legge, vi ha partecipato e consentito; ma oltretutto spesso il consenso dato in tal caso deriverà da un costringimento morale, e da mancanza di piena libertà, si comprende altronde che non è stato possibile di ottenere una prova scritta della simulazione. Così sottoscrivendovi un biglietto con cui mi dichiaro debitore della somma di... per oggetti vendutimi, mentre il mio preteso debito ha per causa interessi usurari o una disdetta di promessa di matrimonio (come nell'affare Boulet) o qualunque altra causa vietata dalla legge, io non posso farvi sottoscrivere una controscrittura che stabilisca la falsità della indicata causa; quando moralmente costretto dalla falsa condizione in cui mi trovo ho consentito a sottoscrivervi una obbligazione falsa, io non posso domandar da voi una scritta che l'annulli. Dunque vi è stata una morale impossibilità di ottenere una prova scritta, e quindi questo caso è compreso dalla regola generale del nostro articolo.

V. — Il nostro articolo, dopo il caso in cui è stato impossibile procurarsi una scrittura, passa all'altro in cui è stato impossibile di conservare quella procuratasi; porgendo cotesta ipotesi come un'altra applicazione della prima regola, mentre è una regola a parte, non potendosi perdere una scrittura che non si ha. Ma è un vizio di redazione di poco momento.

L'attore dovrà in questo caso provare ad un tempo, che vi è stata una forza maggiore, che per essa siesi perduto il tale atto, che questo riguardava il dritto che egli vuol provare. Quindi egli dovrà provare con testimoni: 1° di aver posseduto un titolo che giustificava il preteso suo dritto; 2° di essere stato vittima di quell'avvenimento di forza maggiore (un incendio, una inondazione, un saccheggio, un fur-

to, ecc.); 3° di aver perduto il titolo per quello avvenimento.

Giova far qualche osservazione sopra ognuno di questi tre oggetti di prova.

Per l'indole stessa delle cose, non si potrà usare molto rigore intorno al terzo punto. È certamente impossibile, almeno in generale, che si provi in modo ben preciso, che il tale atto, che si dichiara dai testimoni essere da me posseduto prima dell'incendio, sia veramente perito allora insieme cogli altri miei titoli, e carte; io non ho potuto in quello accidente fare stendere lo inventario delle diverse carte che il fuoco distruggeva; io non posso provare che pochi giorni, o poche ore prima dell'incendio non ho per alcuna ragione diviso quel titolo dalle altre mie carte; e allora per lo più dovranno bastare le probabilità, le verosimiglianze.

Non è il medesimo del secondo punto: lo avvenimento stesso, di cui dico essere stato vittima, deve provarsi nel modo più positivo, perocchè da esso sorge la eccezione ai principi dello art. 1341 (1295 M). Se bastassero dei testimoni, i quali dicesero di avere io avuto quel titolo, aggiungendo vagamente di essersi poi perduto, la regola del nostro 4°, anziché una semplice eccezione all'art. 1341 (1295 M), lo distrurrebbe realmente. Se è facile procurarsi falsi testimoni per un preteso dritto, lo sarebbe del pari per far dire che io avessi di quel titolo un dritto che ho perduto. Certamente molto precisa, molto rigorosa e senza ombra di dubbio deve farsi la prova dello avvenimento più forte della mia volontà, e che non ho potuto impedire.

Quanto poi all'altro punto, cioè alla *esistenza del titolo* che si allega essere stato tolto dallo avvenimento, esso vuole maggiori sviluppi. Si dovrà per fermo provare in modo positivo, che l'attore possedeva un titolo del suo dritto; perchè il testo della legge gli permette solo la prova testimoniale, quando egli ha perduto un titolo che forma prova scritta, e quindi se ciò non pruova non può essere nell'eccezione. — Inoltre, se l'atto non è va-

lido se non con certe formalità, dovrà risultare dalle deposizioni dei testimoni, che l'atto riuniva le varie condizioni di validità richieste dalla legge. Ma sempre, ed anche fuori quest'ultimo caso, i testimoni dovranno aver letto il titolo, e riportarne il tenore? — Toullier (IX-206), Duranton (XIII, 368), Zachariae (V, p. 653) e Bonnier (n. 114) par che lo vogliano. — Ma noi non sapremmo accostarci alla loro sentenza; perchè la regola, così intesa, ci sembra contraria alla legge e alla ragione.

La legge non dice che la perdita di un titolo, avvenuta per forza maggiore, faciliterà l'attore a provar con testimoni *qual ne fosse il contenuto*, ma solo che la perdita, provata che sia, recherà eccezione alle sopra esposte regole dell'art. 1341 (1295 M); il che importa che io potrò provare con testimoni *la mia domanda*. Il nostro paragrafo, messo in rapporto con lo articolo precedente, e con l'articolo 1341 (1295 M), vuol dire che quando avrò provato in primo luogo la preesistenza del titolo della mia pretesione e che una forza maggiore l'ha distrutto, io potrò, in secondo luogo, provare con testimoni la pretesione, che senza di ciò non avrei potuto se non col titolo stesso. Or se la prima prova, che è necessaria per entrare nella eccezione, comprendesse la giustificazione del tenore stesso del titolo perduto, non vi sarebbe altra prova a fare; ricostituendo con la prova testimoniale tutto il contenuto del mio atto, avrei per ciò stesso pienamente giustificato la mia pretesione: ma la legge non la intende così, poichè nel suo sistema fatta la prima prova si potranno poi provare con testimoni le mie dimande.

Infatti il sistema da noi rigettato sarebbe stato troppo rigoroso; e se colui a cui una forza maggiore ha tolto il suo titolo, avrebbe dovuto far deporre ai testimoni il tenore del titolo ch'essi avessero letto e ritenuto, si rigetterebbero le domande che secondo ragione dovrebbero essere ammesse. Togliam un esempio. Vi domando 2,000 franchi che dico avervi prestato; voi sostenete di no, e mi chiedete il titolo. Rispondo

essersi distrutto, ma essere al caso di giustificare legalmente il mio credito. Sono stato vittima di un incendio ch'è un fatto certo; è similmente notorio, che l'incendio si apprese nel mio studiolo di notte, mentre dormiva, e sebbene tosto spento, consumò il mobile con ciò che conteneva, e in esso, trenta persone dichiararono di essersi conservate sempre tutte le mie carte; di poi moltissimi testimoni, degnissimi di fede, deporranno, gli uni avervi veduto da me, entrare nel mio studiolo prima dello incendio, forse il giorno innanzi, pregandomi vi ricordassi il tempo in cui doveva pagarsi il vostro biglietto dei 2,000 franchi, ed avermelo veduto cercare per indicarvi il tempo; gli altri, avervi inteso dire più volte, che dovevate pagarmi 2,000 fr. in quel tempo; ed altri, se si vuole, avervi veduto in un tempo precedente nella mia camera prendere in prestito i 2,000 fr., metterli nella vostra sacca, e poi passare con me nel mio studiolo (ov'essi non ci hanno seguito), per scrivere il vostro biglietto. In simili casi, la mia domanda non dee forse menarsi buona? Eppure nissun testimonio riferisce il tenore del biglietto, nessuno l'ha letto, o veduto.

Errano dunque Toullier e Zachariae insegnando, che i testimoni debbano riferire *il tenore dell'atto*, ed anche Bonnier, il quale dice che il nostro paragrafo permette di comprovarsi con testimoni *il contenuto dell'atto perduto o distrutto*; e infine Duranton, secondo cui io dovrei fare udire « dei testimoni i quali depongano aver veduto fra le mie mani i biglietti prima dell'incendio, *averne letto il contenuto e ricordarsene il tenore* ». Duranton ha copiato questo brano da Pothier, ma porge come assoluta un'idea, che in quello scrittore è il primo membro di una alternativa, fermandosi per l'appunto in quest'ultima proposizione: *o che deporranno conoscere il debito*. E Pothier aggiunge: È necessario essere certo che si sia incendiata la mia casa, ovvero che io sia in caso di provarlo perchè possa ammettersi *la prova testimoniale* (di che cosa? del contenuto

dei biglietti forse? No) *del prestito di denaro* di cui io pretendo aver perduto i biglietti: (*Oblig.*, n. 781).

Così, i testimoni che abbiano personalmente veduto, letto e ritenuto l'atto, saranno solo necessari quando l'atto va soggetto a formalità, di cui l'adempimento non ha potuto comprovarsi che con l'esame dell'atto dal riferito suo tenore.

VI. — La Corte suprema in una decisione di *annullamento* dei 5 ap. 1817 ha professato, in occasione del nostro paragrafo 4°, una dottrina, la quale, benchè approvata da alcuni giureconsulti, è sempre un grosso errore, un giro vizioso, una aperta violazione della legge. Fu deciso che quegli il quale dice di avere avuto sottratta una controscrittura, e vuol provare per mezzo di testimoni il fatto della sottrazione; e le convenzioni annunciate dalla controscrittura, non può essere ammesso a provare oralmente la sottrazione della controscrittura che dopo aver provato per mezzo della scrittura (o di un principio di prova per iscritto) che la controscrittura sia esistita.

È questo il singolare motivo di cotesta singolare decisione: « Attesochè la sottrazione della controscrittura... è un fatto di frode eccettuato per l'art. 1348 (1302) dalla regola sanzionata dall'articolo 1341 (1295); ma non può essersi sottratta la controscrittura se la non sia esistita; che prima che possa essere provato dai testimoni il fatto della sottrazione, è necessaria (per mezzo della scrittura) la prova della preesistenza della controscrittura; che ammettere senza previa tal prova, la prova testimoniale del fatto della sottrazione, importerebbe provare che esistano convenzioni civili con un genere di prova espressamente vietato (dallo articolo 1341 (1295)); attesochè nella specie *Bouillon*... non riferiva alcuna prova scritta... della preesistenza della controscrittura ». *ANNULLA*.

Non sappiamo d'onde prendere questo guazzabuglio d'idee; ma in qualunque modo, e da qualunque parte si legano, si dimostreranno sempre assurde, e si farà toccare con mani

che la legge vi è stata violata. La decisione si restringe a ciò: « È vero che il caso della sottrazione di una controscrittura fa eccezione allo art. 1341 (1295); ma non potendosi provare la sottrazione di una controscrittura senza che se ne sia provata la preesistenza, e l'articolo 1341 (1295) vietando di far tal prova per mezzo di testimoni, ne seguita non potersi fare la prova testimoniale della sottrazione ». In altri termini, il caso di cui si tratta *non è governato dal principio dell'art. 1341 (1295)*, ma rientra nell'eccezione dell'articolo 1348 (1302) in guisachè parrebbe permessa la prova testimoniale; ma il principio dell'art. 1341 (1295) *(che non è applicabile)* opponendosi alla prova testimoniale, la prova è vietata. Ciò vale che il caso *presenta una eccezione*, ma resta *governato dal principio*; che l'articolo 1341 (1295), è *inapplicabile* ma *deve applicarsi!!!*

Quante false idee, quante sottigliezze ridicole e inesatte accumulate in poche linee! Dite che non si è potuto sottrarre la controscrittura se dessa non sia esistita (il che è evidentissimo), ed aggiungete che innanzi di provare con testimoni la sottrazione, bisogna provare prima *per mezzo di scrittura* che la controscrittura è esistita! Possiamo concedervi l'ordine delle prove: non montando che l'attore debba provare separatamente e successivamente, 1° che vi era una controscrittura, 2° che essa vi è stata tolta e distrutta, ovvero che egli potea provare insieme i due fatti; ma non vi potremo concedere che il primo, anzichè il secondo fatto, debba provarsi per mezzo di scrittura. Come! se un avvenimento di forza maggiore mi ha tolto il mio titolo, dovrei provare *per mezzo di scrittura* che esso ha esistito! Ciò importa che facendo una convenzione anteriore e accertata da un atto, dovrei non solo procurarmi una scrittura *per provare* occorrendo *la contenzione*, ma procurarmene pure un'altra per provare la prima scrittura! Una siffatta significazione dell'articolo 1341 (1295), essendo certamente contraria al buon senso, non fa mestieri

d'immorare su questo primo argomento: di più ci sembra che la decisione abbia detto di volo e senza badarvi, più di quel che voleva; e questo primo argomento si confonde nella mente del redattore con quello che viene più appresso. Si dice che provare oralmente il fatto complesso della sottrazione della controscrittura che enuncia certe convenzioni, sarebbe al postutto provare le convenzioni per mezzo di testimoni (il che è verissimo); ma che tal pruova è vietata dall'art. 1344 (1295) (il che è pure verissimo), e quindi la pruova non può farsi nel nostro nè in qualunque altro caso. Ciò è falsissimo: sarà impossibile finchè reggerà il principio dell'articolo 1344 (1295), ma sarà certamente possibile quando si è in una delle eccezioni che autorizzano la pruova testimoniale. Ci siamo o pur no? Sì di certo, in quella dell'art. 1348-4° (1302), poichè un avvenimento di forza maggiore ha privato lo attore della scrittura ch'egli si era procurato affin di provare le convenzioni. Come mai si è potuto così mal comprendere il nostro 4°? Si vuole che l'attore provi con testimoni la sottrazione della controscrittura, e non si vuole che egli provi con testimoni la convenzione che da quella era comprovata! Ma il 4° del nostro articolo non mira ad ammettere la *pruova testimoniale dell'avvenimento di forza maggiore* (questa va da se, e risulta per altro dalla prima regola del medesimo articolo); ma invece ad ammettere, ove lo avvenimento di forza maggiore accada, la pruova testimoniale della convenzione di cui l'avvenimento ha fatto venir meno la pruova scritta.

Si tenterebbe forse di pareggiare il caso della decisione a quello da noi spiegato al n. II-1°, di un delitto che presuppone un contratto, o altro fatto lecito per cui non si ammette la pruova testimoniale? Ma i due casi non sono affatto pari. Allegando che voi avete violato il deposito fattovi, la pruova testimoniale pernessami per una

parte dell'oggetto complesso di ciò che allego, non lo è per l'altra, avendo potuto e dovuto ritirare una pruova scritta del deposito che dico essersi violato. Ma qui la pruova testimoniale deve ammettersi per ciascuno degli oggetti: per il fatto della sottrazione secondo il 4° del nostro articolo, poichè è un delitto di cui non ho potuto ritirarmi una pruova scritta; per le convenzioni medesime secondo il 4°, poichè l'avvenimento della forza maggiore mi ha messo nella impossibilità di riferire la pruova scritta che mi ero procurata.

Mangin, e dopo lui le raccolte di decisioni (1), tutt'occhè non osano approvare i motivi della decisione da noi censurata, la trovano in sostanza esatta, e credono giustificarla, con dire che si applichi nel caso di controscrittura, nel caso di provare oltre o contro l'enunciazione di un altro atto, ma che non si applicherebbe al caso di titoli ordinari. Cotesta decisione immaginata da Mangin, e riprodotta dai raccoglitori di decisioni è certamente di poco rilievo: la disposizione del 4° del nostro articolo, non che quella dei precedenti paragrafi e quella dell'art. 1347 (1301), non fanno solo eccezione alla prima delle due regole dell'articolo 1344 (1295), ma ad ambedue: *Le regole sopra esposte ricevono eccezione*, dice l'art. 1347 (1301), e il nostro ripete. Esse *ricevono pure eccezione*. Quando dunque 1° vi ha principio di pruova per iscritto, ovvero 2° quando lo attore non ha potuto procurarsi una pruova scritta, ovvero 3° quando una forza maggiore gli ha tolto la pruova scritta, deve ammettersi la pruova testimoniale o per provare oltre i 150 franchi, ovvero oltre o contro gli atti prodotti.

La decisione erronea del 1847 non ha con ragione ammessa una distinzione che sarebbe un altro errore. Ma ebbe il gran torto di non comprendere affatto il significato dell'ultima disposizione del nostro articolo, e avrebbe dovuto scorgere che la sua dottrina riuscirebbe a *sopprimerla*, men-

(1) Vedi *Trattato dell'atto pubblico*, I, n. 173 (Dev., *Nuova Racc.*, t. V, parte 1ª, p. 304, note;

J. P., t. XII, p. 171, note).

tre con tal sistema non potrebbe in alcun caso applicarsi. Supponete in fatti quello avvenimento di forza maggiore che volete; supponete anche la pruova testimoniale più completa che si possa immaginare, della perdita dell'atto che giustificava la pretesione dell'attore; supponete infine e d'altronde una pruova (sempre testimoniale) per quanto si può perfetta del fondamento della pretesione: in tutti i casi l'attore sarà respinto dalla decisione. Basterà che si dica *incendio, inondazione*, ecc. ecc. in luogo di *sottrazione*, scrivere *atto di vendita, quittance*, ec. in vece di *contrascrittura*. In tutti i possibili casi l'eccezione del nostro 4° sarà *cancellata*; perchè voi sarete sempre respinto se non avete piena pruova per mezzo di scrittura, nè principio di pruova per iscritto; se avete una pruova per iscritto si applica lo art. 1341 (1295) e non vi si fa eccezione; se infine avete un principio di pruova per iscritto, si ammetterà la vostra pruova testimoniale, non più in forza dell'art. 1348 (1302) 4°, ma in forza dell'art. 1347 (1301). Adunque la strana dottrina della decisione, come abbiamo detto, sopprimerebbe l'ultimo paragrafo del nostro articolo; e quanto più vi si pon mente, tanto meno si comprende una tale aberrazione, massime in una decisione che ne annulla una esattissima.

VII. — Fino a qui abbiamo svolto i tre casi generali di eccezione al doppio divieto dell'art. 1341 (1295): — 1° l'esistenza di un principio di pruova per iscritto (articolo 1347 (1301)); — 2° la impossibilità in cui l'attore è stato di procurarsi una pruova scritta (art. 1348 (1302), 1° 2° e 3°; — 3° la impossibilità in cui è stato di conservare la scrittura procuratasi e che è stata tolta via da una forza maggiore (art. 1348 (1302), 4°). Dobbiamo ora occuparci della quarta causa di eccezione indicataci dal testo medesimo dell'art. 1341 (1295) con questo ultimo restringimento:

il tutto senza pregiudizio di ciò che è prescritto dalle leggi relative al commercio.

I due principi dell'art. 1341 (1295) soggiacciono entrambi ad eccezioni, almeno secondo noi, negli affari di commercio. Quindi si può allora provar con testimoni: 1° un interesse maggiore di 150 fr.; 2° al di sopra o al di sotto di quella somma, oltre o contro le enunciazioni di un atto scritto.

Intorno al primo punto concordano gli scrittori e le decisioni. Infatti l'art. 109 (108) del Codice commerciale ben lo giustifica, dichiarando che le compre e le vendite possono dimostrarsi con la pruova testimoniale. Le compre e le vendite sono il tipo di tutti gli affari commerciali; sono gli atti di commercio più frequenti e più importanti. Dunque la pruova testimoniale ammessa per quelle, ammettesi implicitamente per tutte le altre operazioni secondo l'antico uso del commercio che il legislatore non ha voluto punto mutare (Merlin, *Quist.*, alla parola *Ultima istanza*, § 18).

Controverso è il secondo punto. Bonnier (n. 93) e tre decisioni di Corte di appello (l'ultima di Angers dei 4 giugno 1829) decidono, che anche in affare di commercio, oltre i casi indicati dai nostri art. 1347 1348 (1301, 1302), non si può provare con testimoni nè contro nè oltre il contenuto negli atti. Ma tal dottrina è stata rigettata dal più degli scrittori e dalle decisioni (1), e a nostro avviso con buona ragione.

Infatti 1° l'antico uso del commercio era egualmente certo intorno al secondo punto (Merlin, *loc. cit.*), e così giudicava il parlamento di Parigi fin dal principio del XVII secolo; nella legge non v'è una regola diversa; 2° anzi essendosi redatto l'art. 109 (108) da principio nel senso che la pruova testimoniale sarebbe ammissibile *se ti fosse un principio di pruova per iscritto*, — il che avrebbe pareggiato gli affari di com-

(1) Toullier (IX-233); Pardessus (nn. 262 e 459); Balloz (*Obligaz.*, art. 3, n. 111); Zachariae (V, p. 724, note 3); Nougier (III-65); Derivencue e Massé (n. 10); Tolosa, 11 maggio 1833; Parigi, 3

mag. 183; Rig., 10 giugno 1835; Rig., 11 giugno 1835; Agen, 1 febr. 1838; Rig., 6 ap. 1841 (Dev. e Car., 1836, I, 623 e 689; 1841, I, 709).

mercio a quelli civili — si fe' rumore contro tal novità, si volle conservata l'antica regola, e l'articolo quindi fu redatto qual esso è, permettendosi la pruova testimoniale *in tutti i casi in cui il tribunale giudicherà doverla ammettere*; 3° l'articolo 44 (33 M) del Codice di commercio, stanziato espressamente onde non ammettersi la pruova testimoniale contro ed oltre il contenuto negli atti, nel caso speciale di società, chiaramente dimostra che in generale è ammissibile: non si sarebbe espresso specialmente per le società il divieto se desso fosse stato comune a tutte le materie; 4° il testo medesimo dell'art. 1341 (1295) esprime la medesima idea, perchè stanziati i due divieti, annunzia che la eccezione delle leggi di commercio riguarda il tutto.

Bonnier incorre in gravi errori di fatto riguardo alle due decisioni citate da lui in sostegno della sua opinione. « Una decisione di annullamento dei 16 maggio 1829, egli dice, si è dichiarata in questo senso; e il contrario sembra essere deciso da una decisione di rigetto degli 11 giugno 1835, perchè nella specie vi era un principio di pruova per iscritto ». Queste tre linee dan luogo a parecchie osservazioni. E primieramente, la pretesa decisione di annullamento dei 16 maggio (che invece è di rigetto dei 15 giugno) non giudica affatto, che non possa ammettersi la pruova testimoniale oltre o contro l'atto, ma soltanto che il giudice ha intorno a ciò pieno arbitrio, come ben si scorge dai termini dell'art. 109 (108): *In tutti i casi in cui il tribunale giudicherà doverla ammettere*. — Di poi la decisione degli 11 giugno 1835, la quale, secondo Bonnier, giudicò ammissibile la pruova testimoniale per esservi un principio di pruova per iscritto, l'ammette al contrario indipendentemente da tale circostanza. La Corte di appello aveva detto: « Attesochè in materia di commercio è ammissibile la pruova testimoniale in qualunque sorta di controversia, e quindi sarebbe doppiamente ammissibile in quella

ove è un principio di pruova per iscritto ». La Corte suprema ha riprodotto la medesima dottrina dicendo: « Attesochè la pruova testimoniale può ammettersi in materia commerciale; *quantunque la domanda* (contro cui è diretta) sia fatta in forza di un titolo scritto giusta la disposizione ultima dell'art. 1341 (1295) combinato con l'art. 109 (108) del Codice di commercio: *attesochè altronde* la decisione impugnata comprova che nella causa era un principio di pruova per iscritto ». Da ultimo abbiamo veduto che la Corte suprema ha stanziato tre volte (10 giugno 1835, 11 giugno 1835, 6 aprile 1841) la nostra dottrina a cui Bonnier la credeva opposta, non mai si è dichiarata in senso contrario.

La regola di non doversi applicare i principi dell'art. 1341 (1295) alle materie di commercio, ci sembra troncare la quistione controversa, cioè se si può provare con testimoni la rimessa di oggetti destinati a trasportarsi fatta ad un appaltatore di trasporti. Bonnier (n. 411) dice di no; ma noi seguendo Maleville (sopra l'art. 1786 (1632)) e Zachariae (t. 2, p. 41) giudichiamo di sì, non già per una pretesa analogia col 4° del nostro articolo e con lo art. 1952 (1824), ma perchè è una operazione di commercio. Indarno Bonnier fa osservare che l'art. 1785 (1631) ordina agli appaltatori di scrivere sopra registri tutto ciò che si dà loro a trasportare, d'onde vorrebbe inferire che non si possa ammettere la pruova testimoniale, perchè gli altri commercianti debbono scrivere sopra i registri tutte le loro operazioni (articolo 8 (16) Cod. di commercio) il che non toglie che si possa ammettere la pruova testimoniale, come il medesimo Bonnier consente.

VIII. — Sotto il Codice Napoleone, come anche prima, era molto controverso se debba ammettersi come ultima eccezione ai principi dell'art. 1341 (1295) il caso in cui consente quello contro di cui si vuol fare la pruova (1).

Sebbene l'affermativa è professata non

(1) Negativ. Toullier (IX-36 e seg.); Merlin (Rep.,

alla parola *Pruova*, sez. 2, § 3, nn. 28 e seg.);

solo da moltissimi scrittori, ma da tre decisioni della Corte di appello, noi per nostro intimo convincimento non possiamo ammetterla. Infatti, il divieto della prova testimoniale non tende solo a proteggere il litigante contro il pericolo della subordinazione dei testimoni, ma anche a prevenire si moltiplicassero i litigi. Or il divieto sotto il primo aspetto si riferisce principalmente all'interesse privato della parte; sotto l'altro ad un interesse generale: giova restringere per quanto si può il numero dei litigi nello interesse dell'intera società, e non già per le persone che voi chiamate innanzi il tal tribunale. Ma essendo un oggetto d'interesse pubblico, è dunque impossibile secondo l'art. 6 (7) che vi si deroghi con una convenzione particolare, e quindi il consenso delle due parti contendenti riuscirebbe inefficace. Si badi inoltre, che il Codice, mentre ha espresso le varie eccezioni al principio, non ha per nulla accennato a quella che si vuole introdurre, e tanto più vale il silenzio della legge, quanto ella ha notato anche i casi che andavano da sé, quelli nei quali vi è stata impossibilità fisica, materiale, asso-

luta di procurarsi una prova scritta. Nè solo ciò; ma i termini della legge indicano lo intendimento contrario, avvegnachè l'art. 1344 (1295) dicendo non già che si potrà impedire la prova testimoniale, ma che non sarà ammessa alcuna prova testimoniale, stabilisce non un dritto conferito al litigante, che potrebbe volendo respingere la prova testimoniale, ma un divieto diretto al giudice, onde non ricevere alcuna prova testimoniale.

Le sole eccezioni adunque che ci sembra doversi ammettere, sono le quattro da noi indicate, e che ricorderemo ponendo fine a questa importante e difficile materia.

1° Esistenza di un principio di prova per iscritto; — 2° Impossibilità in cui si è stato di procurarsi una prova scritta; — 3° Impossibilità di conservare la prova scritta che si è procurata; — 4° infine, materie di commercio.

Ben si comprende, che la prova testimoniale in tutti i casi in cui sarebbe diretta contro l'enunciazioni provate da un atto, che fa fede sino alla iscrizione in falso, non potrebbe essere ammessa che mercè la iscrizione in falso.

SEZIONE III.

DELLE PRESUNZIONI

1349 (1303).—Le presunzioni sono le conseguenze che la legge o il magistrato

deduce da un fatto noto ad un fatto ignoto.*

I. — In mancanza di prove propriamente dette, cioè tali da render certo o a un di presso la verità di ciò che si allega, bastano le presunzioni che lo rendano semplicemente verosimile o probabile. Le quali presunzioni, giusta il nostro articolo, sono conseguenze tratte da un fatto noto ad uno

ignoto; definizione che presa alla lettera si applicherebbe a qualunque prova di un fatto, perchè la prova non si fa mai che con la induzione dal noto all'ignoto.

La legge vuol dunque parlare delle conseguenze *congetturali* e cavate dal noto all'ignoto per mezzo di pura probabilità.

Rolland de Villargues (Rep., alla parola *Prova*, 40 e seg.); Boncenne (IV, p. 223 e seg.); Zachariae (V, p. 695); Affermativum. Duranton XIII-308; Favard (alla parola *Prova*, sezione 1, § 1); Dalloz (alla parola *Obbligaz.*, cap. 6, sez., 2, articolo 2, n. 3); Curasson (*Competenza dei giudici di pace*, 1-15); Bonnier (n. 115); Bourges, 16 dicembre 1824; Rennes, 25 feb. 1841; Bordeaux, 16 gen. 1846 (Dev., 1841, II, 427; 1846, II, 299).

* — Sopra semplici presunzioni non si può distruggere l'efficacia di un documento, se questo non sia impugnato ne' modi regolari di falso, di nullità, o altrimenti. C. Supr. di Napoli, 17 giugno 1852.

— Il primo citato, benchè non abbia fatta la prova ordinata, può, ciò non ostante, giovarsi delle presunzioni adottate per gli altri convenuti. C. S. di Napoli, 17 luglio 1852.

Del resto, le presunzioni che si possono opporre alle prove, presa questa parola nel senso speciale, diventano prove esse stesse nel senso lato della parola, e come tali sono ammesse dal Codice, formando qui la terza classe di prove che dobbiamo studiare, e che ci erano state indicate dall'art. 1316 (1270).

II. — Le presunzioni si dividono in presunzioni *legali* o di *dritto*, e in presun-

zioni dell'uomo o di *fatto*, secondo che la induzione che le costituisce si fa dalla legge stessa o dal magistrato. Le presunzioni legali si dividono in semplici o *juris tantum*, e in assolute, dette *juris et de jure*.

Un primo paragrafo è dal Codice consacrato alle presunzioni legali, un secondo alle presunzioni dell'uomo.

§ 1. — Delle presunzioni stabilite dalla legge.

1350 (1304). — La presunzione legale è quella che una legge speciale attribuisce a taluni atti o a taluni fatti. Tali sono:

1° gli atti che la legge dichiara nulli per la sola loro qualità, perchè li presume fatti in frode delle sue disposizioni;

2° i casi ne' quali la legge dichiara che

la proprietà, o la liberazione risulti da alcune circostanze determinate;

3° l'autorità che la legge attribuisce alla cosa giudicata;

4° la forza che la legge dà alla confessione o al giuramento della parte.

I. — La presunzione legale è, come già sappiamo, quella stabilita dalla legge con qualche speciale disposizione; il nostro articolo ce ne indica parecchi casi.

Così primieramente, evvi presunzione legale quando un atto è dichiarato nullo dal legislatore sulla semplice supposizione dedotta da questa o da quella circostanza, che l'atto è fatto in frode delle disposizioni della legge. Quando, per esempio, l'articolo 911 (827), dichiarata nulla una donazione fatta ad una persona incapace di ricevere, dichiara di pieno dritto nulle le donazioni fatte al padre, alla madre, al discendente o al coniuge dell'incapace, la è questa una presunzione, poichè dal fatto noto, che una donazione è fatta al coniuge o ad un parente prossimo dell'incapace, si deduce, per mera congettura e per semplice probabilità, il fatto ignoto, che la è realmente fatta allo stesso incapace; ed è una legale presunzione poichè la conseguenza è tratta dalla stessa legge. Evvi pure una simigliante presunzione legale nell'art. 918 (834), secondo cui qualunque atto che si presenti come una vendita a fondo perduto o con riserva di usufrutto, fatta ad uno degli eredi presuntivi in linea retta del venditore, è una donazione

mascherata, e l'atto, nullo come vendita, potrà solo valere come liberalità da ridursi alla quota disponibile.

Evvi pure un'altra presunzione di altro genere in tutti i casi in cui la legge secondo il nostro articolo, fa risultare da talune circostanze la proprietà o la liberazione. Così, la legge vi dichiara proprietari per effetto della prescrizione, perchè dal silenzio tenuto per il tempo stabilito dal precedente proprietario, si suppone il consenso di costui, e che voi siete oggi il vero padrone; dichiara esservi in quella circostanza e non in quell'altra, comunione di muri, di fosse o di siepi perchè le circostanze fan supporre che l'oggetto appartiene per intero ad uno dei vicini, o solo per metà a ciascuno di essi; ed è pure un caso di proprietà stabilito per presunzione legale. La legge vi dichiara per effetto della prescrizione liberato da un debito perchè il silenzio del vostro creditore gli fa presumere che l'abbiate pagato; e similmente vi dichiara liberato, perchè la rimessa che il creditore vi ha fatto del suo titolo fa supporre un pagamento (articolo 1282, 1283 (1236, 1237)). Sono questi altrettanti casi di presunzioni legali.

II. — Una delle più importanti presun-

sunzioni legali, una di quelle che al pari della prescrizione, debbono riguardarsi come fondamenti dell'ordine sociale, è quella indicataci dal 3° del nostro articolo, cioè la cosa giudicata che noi studieremo sotto il seguente articolo. Vi hanno altre presunzioni legali diverse da quelle accennate dal nostro articolo il quale ne porge soltanto esempl. Sul proposito si può leggere lo art. 1 (1), che stabilisce da qual termine la legge si reputa conosciuta dai cittadini; l'art. 312 (234 M), che stabilisce la paternità del marito della donna incinta; gli art. 338 e 488 (311 e 411) che stabiliscono il principio, che l'individuo non ha mai la piena intelligenza dei suoi atti prima di ventun'anno, e sempre dopo tale età; gli art. 720, 722 (641, 643) che in mancanza di prove determinano colla presunzione dell'età e del sesso l'ordine in cui sieno morte più persone in un medesimo

avvenimento; l'articolo 847, 849 (766, 768), ec.

Il 4° del nostro articolo non bene a proposito colloca fra le presunzioni la confessione e il giuramento della parte. Esse non son semplici presunzioni, ma prove piene; e i redattori si mettono in contraddizione con se medesimi. In fatti, il Codice indicando nell'art. 1316 (1270) il disegno di questa materia della prova, anziché far rientrare la confessione e il giuramento fra le presunzioni, posciachè indica queste come la terza classe di prova *lato sensu*, presenta la confessione come la quarta, ed il giuramento come la quinta ed ultima. Dippiù la nostra sezione delle presunzioni è seguita da una sezione quarta per la confessione, e da una quinta che tratta del giuramento. Il 4° del nostro articolo dunque deve tenersi come non scritto.

1351 (1305). — L'autorità della cosa giudicata non ha luogo se non relativamente a ciò che ha formato l'oggetto della sentenza. È necessario che la cosa domandata sia la stessa; che la domanda

sia fondata sulla medesima causa; che la domanda sia tra le medesime parti, e proposta da esse e contra di esse nella medesima qualità.*

* Massime della C. S. di Napoli:

— La pronunziazione che dichiara non esservi allo stato luogo a deliberare, non è definitiva, nè può opporsi come giudicato. 1 febbraio 1825.

— Non si può opporre l'eccezione del giudicato se non *quanto res est eadem, eadem qualitas iudicii, eadem causa petendi, eadem conditio personarum*. 8 gennaio 1828.

— Il giudicato in linea penale pregiudica nel civile. 26 ottobre 1833.

— Il giudicato nell'azione personale non fa stato nella ipotecaria. 23 aprile 1839.

— Non osta al successore il giudicato riportato contro del suo autore, quando siasi succeduto prima del giudicato. 24 luglio 1842.

— L'aggiudicazione in massima dei danni ed interessi non forma giudicato rispetto alla lor quantità. 30 luglio 1842.

— Se alcuno sia condannato a pagare una somma insieme con gl'interessi, ed appelli dalla sentenza di condanna senza parlare degl'interessi, non può dirsi che per questi vi sia cosa giudicata, 3 febbraio 1846.

— Quando un fatto qualificato delittuoso si definisce non esser tale, ma che abbia prodotto danno, la decisione della gran Corte criminale di non esservi luogo a procedimento e rinviarsi la parte civile innanzi al giudice competente, non è di osta-
colo allo sperimento dell'azione civile. 3 febbraio 1848.

— L'interlocutoria, che non lega il magistrato, non costituisce cosa giudicata. 27 febb. 1849.

— La somma liberata puramente e semplicemente in una prima graduazione, non si può nella sede di altro giudizio sottoporla a condizione. Non si può pretendere un dato grado in graduazione sol perchè si ottenne in una graduazione precedente. 17 marzo 1849.

— Quantunque la sentenza di condanna al pagamento degl'interessi già maturati non parli dei maturandi, pure son dovuti quelli maturati dopo la sentenza medesima. 12 aprile 1849.

— Il giudicato penale che dichiara non trovare indizi sufficienti di reità di falso, non è di pregiudizio allo sperimento del giudizio di falso civile diretto a far dichiarare falsa la scrittura. 17 aprile 1849.

— Nè la decisione annullata nè i motivi di annullamento costituiscono pregiudizio di cosa giudicata innanzi ai giudici di merito del rinvio. 9 giugno 1849.

— In materia di falso il giudicato della gran Corte criminale ha autorità nel giudizio civile. 24 novembre 1849.

— Il giudicato riportato dal debitore contra il creditore libera il sequestratario, non ostante che un giudicato abbia dichiarato la convalida del sequestro, 1 dic. 1849.

— Quando si è giudicato che di una successione aperta intestata spetti metà all'uno e metà all'al-

SOMMARIO

- I. Osservazioni preliminari. — Tre significati della parola cosa giudicata. — La sentenza che può impugnarsi con un mezzo ordinario, ma che non è per anco impugnata, costituisce cosa giudicata. Errore di Duranton e Zachariae, inesattezza di Bonnier.
- II. La cosa giudicata trovasi nel dispositivo della sentenza. Una domanda può essere respinta come di già giudicata, quando evvi fra le due domande: 1° identità d'oggetto, 2° identità di causa, e 3° identità delle parti litiganti.
- III. 1° Identità d'oggetto. Questa identità non potrebbe determinarsi cogli assiomi Pars in toto — Non in parte totum. Errore di Toullier, di Zachariae, ecc.
- IV. Regola che qui deve sostituirsi al sistema degli scrittori.
- V. Contraddizione di sistema, come per istinto rigettato dalla giurisprudenza.
- VI. 2° Identità di causa. Che cosa bisogna intendere per causa d'una domanda. Non bisogna confondere la causa coi mezzi.
- VII. Insufficienza della dottrina degli scrittori. Massima inesattezza della dottrina di Bonnier.
- VIII. Non bisogna nemmeno confondere la causa coll'oggetto. Inesattezza di Bonnier e Poujol.
- IX. L'impossibilità di respingere la seconda domanda, quando è diversa la causa, non soffre eccezione. Errore di Toullier. — Viceversa, deve sempre respingersi la seconda domanda, quando la causa è la stessa, non ostante la differenza del modo di agire.
- X. 3° Identità delle parti. Non basta che le persone sieno le stesse; bisogna anche che agi-

scano con le stesse qualità. Soluzione di una quistione agitata fra Toullier, e Zachariae. Contrari errori dell'uno e dell'altro.

- XI. Viceversa, può esservi identità giuridica delle parti, sebbene non sieno più le stesse persone. Così l'erede è stato rappresentato dal defunto, l'acquirente dal suo autore, ma solo per le istanze precedenti all'acquisto. — Bisogna che si riguardi il tempo, in cui è introdotta la istanza. Errore delle decisioni.
- XII. I creditori ipotecari, a differenza dei chirografari, non sono rappresentati dal loro debitore. Grosso errore di Merlin, di Proudhon e della giurisprudenza.
- XIII. Alcune classi di persone sono, nelle sentenze favorevoli, ben rappresentate da una persona che non le rappresenterebbe efficacemente nelle contrarie. Sviluppo e controverse.
- XIV. Rimando per l'erede apparente, per la disposizione dell'art. 800 (747); osservazioni intorno alla opposizione di terzo.
- XV. 4° Influenza della sentenza criminale sulla civile. Confutazione dei due contrari sistemi, egualmente falsi. In essi non si trovano le condizioni richieste dal nostro articolo. — Errore di Merlin, Duranton, Bonnier, ecc. Ma l'autorità della cosa giudicata esiste sempre per la inapplicabilità dell'articolo. Errore di Toullier e di Poujol.
- XVI. La cosa giudicata esiste per il punto preciso, che il tribunale criminale ha realmente deciso, essendo ufficio suo il farlo. Applicazione della regola.

I. — Secondo abbiain detto, uno dei fondamenti dell'ordine sociale è la regola per cui si presume sempre vera la cosa giudicata, *res judicata pro veritate habetur*, e per cui deve tenersi come tale in tutti i

casi, benchè il giudice siesi potuto ingannare. Qual forza in fatti avrebbe l'autorità del magistrato, se due litiganti, fatta giudicare due o quattro volte una loro quistione, potessero ritornar sempre da capo?

tro dei contendenti, fermate così le loro qualità, non possono venire scosse da un testamento posteriormente conosciuto, 16 marzo 1850.

— La cosa giudicata si ha quando concorre la identità di oggetto, di causa e di persone, o quando un pronunziato di necessaria conseguenza, come suol dirsi, virtualmente esclude una domanda la quale venga in seguito proposta. 11 sett. 1831.

— Gli atti di volontaria giurisdizione non costi-

MARCADE, *vol. III, p. J.*

tuiscono autorità di cosa giudicata, 18 nov. 1831.

— Nell'esecuzione della condanna possono farsi valere i pagamenti di somme non contestate. 7 agosto 1852.

— Il giudicato sta nel dispositivo e non già nelle considerazioni, 14 agosto 1852.

— I giudicati si debbono leggere, e non si costituiscono per interpretazione, e molto meno per supposizione, 9 dic. 1852.

Bisognava fermarsi una volta, e la legge, onde scemare lo inconveniente dell'errore in cui il giudice può incorrere al pari che gli altri uomini, non altro poteva che accordare, almeno in generale, più gradi di giurisdizione; esauriti i quali, ovvero non fattone lo esperimento; la cosa giudicata resta legalmente vera, qualunque possa essere l'errore, anche evidente della decisione.

Una sentenza forma cosa giudicata se è in ultima istanza, e in contraddizione, ovvero, essendo in prima istanza e in contumacia, non è stata appellata nel primo caso, ovvero opposta nel secondo. I rimedi straordinari contro le sentenze, come il ricorso in cassazione, non tolgono che la sentenza abbia al presente la sua autorità, salvo che annullata la decisione cade tutto ciò che ne fosse seguito.

La sentenza di prima istanza non appellata, e la contumacia non opposta formano da ora cosa giudicata. Duranton (XIII, 450 454, 455) e Zachariae (V, p. 474) insegnano il contrario, spiegando non esservi cosa giudicata nella sentenza che può essere appellata ovvero opposta, quantunque non lo fosse stata ancora. Gli è un errore confutato insieme dalla ragione, dai testi e dalla autorità di Pothier che mal si allega in sostegno della loro dottrina. Dapprima, non esservi cosa giudicata importa non esservi sentenza; ora è certamente una sentenza quella che può solo impugnarsi con l'appello o con la opposizione. Interposto l'appello non v'è più sentenza, poichè con esso tutto ritorna in quistione; ma finchè l'appello non v'è, sebbene può esservi, il punto deciso dalla sentenza, non essendo rimesso in quistione, è cosa giudicata per ora. Dippiù l'ordinanza del 1667 (tit. 16, art. 5) pareggiava qui le sentenze « profferite in ultima istanza » e quelle non appellate ovvero di cui l'appello non è stato ammissibile; e Pothier spiegava che « fino a quando non v'è appello, le sentenze, come quelle profferite in ultima istanza, hanno una specie di autorità di cosa giudicata che dà il dritto di poterle eseguire, e forma una sorta di pre-

sunzione *juris et de jure*, che esclude dal poter nulla proporre contro di essa finchè non è stato interposto l'appello; » che soltanto « questa autorità e la presunzione che ne deriva sono momentanee, e si distruggono con l'appello ».

Cotesto errore di Duranton e Zachariae deriva dal confondere i vari significati delle parole *autorità di cosa giudicata*. Volendosi conoscere se uno sia veramente stretto, in guisa che a suo grado o mal suo grado debba subire l'esecuzione della sentenza, non vi è autorità di cosa giudicata finchè egli sia libero di rimettere tutto in quistione; ma volendosi sapere, come nel nostro articolo, se si deve da ora tenere la sentenza come non fatta, e riguardare il punto litigioso come insoluto per ora, non basta più la facoltà di rimetterlo in quistione, ma è necessario che di fatti vi sia rimesso; nel primo caso basta che si possa appellare, nel secondo bisogna che l'appello sia fatto.

La espressione di *cosa giudicata* ha dunque vari sensi (tre come vedremo) che non bisogna confondere. Bonnier lo ha compreso, ma ne fa una falsissima applicazione, lontana dal vero, anche più della dottrina di Duranton e di Zachariae: egli insegna (numero 680) che l'espressione, anzichè significare qui, come dicono questi due scrittori, la impossibilità di impugnare la sentenza coi mezzi ordinari (l'appello e l'opposizione), ha un senso più rigoroso e significa la impossibilità di qualunque rimedio ordinario o straordinario. In questo sistema la cosa giudicata, quale è intesa dai nostri articoli, esisterebbe solo nella decisione contro cui non si potrebbe aver più alcun rimedio; mentre è incontrovertibile e controverso che non solo la possibilità di un rimedio straordinario (come un ricorso in cassazione) ma anche lo esercizio effettivo di esso ricorso non muta in nulla la forza giuridica della sentenza, che resta pienamente efficace finchè non è stata annullata.

Quindi la espressione di *cosa giudicata* ha tre significati. In quello più comune e che sta di mezzo frai due estremi, signi-

fica la decisione contro di cui non può aversi alcun mezzo ordinario, ma che può essere impugnata, e forse lo è stata con un mezzo straordinario, il quale, non modificandone al presente la efficacia, può appresso annullarla. In un senso più rigoroso indica la decisione che non può essere impugnata da alcun rimedio ordinario e straordinario; in un altro men rigoroso indica la decisione che può essere impugnata con un rimedio ordinario, ma che per anco non lo è stata. Quindi tre gradi nella cosa giudicata; o la cosa è giudicata in modo assolutamente irrevocabile, ovvero può essere rinvocabile con qualche mezzo straordinario, ma non già con ordinarli, ovvero in modo da poter essere revocata anche con un rimedio ordinario, e allora cesserà di essere giudicata e tornerà in quistione, appena il rimedio sarà proposto contro di essa senza aspettarne l'evento. Or vuolsi dalla ragione, non che da Pothier e dall'ordinanza del 1667 che, dacchè la cosa giudicata la quale conserva al presente tale sua qualità è necessariamente una verità legale, i sopraindicati gradi di forza si possono solo distinguere quanto all'avvenire e per la facilità minore o maggiore con cui si può far cadere la presunzione; ma per il presente una proposizione essendo *res judicata*, deve senza alcuna distinzione *pro veritate haberi*.

Pertanto l'espressione di *cosa giudicata* non ha nel nostro articolo nè il senso intermedio e troppo rigoroso che le danno Zachariae e Duranton, nè quello anche più rigoroso di Bonnier. Essa comprende la cosa giudicata dell'ultima, quanto delle due prime classi. Opponendo alla vostra domanda una sentenza, anche revocabile per via ordinaria, da cui è stata già respinta, essa è sempre contro di voi un mezzo d' inammissibilità insuperabile fino a che non vi opponete (se dessa è contumaciabile) ovvero ne appellate (se è di prima istanza), e con tali mezzi soltanto voi potete far venir meno l'autorità della cosa

giudicata.

II. — La cosa giudicata è unicamente nel dispositivo della sentenza e non già nei suoi motivi, i quali sono le ragioni per cui si è profferita quella sentenza in un senso anzi che in un altro. Per quanto formalmente nei motivi possa enunciarsi una opinione, non vi è cosa *giudicata* se non vi risponde il dispositivo; e se alle volte possono i motivi consultarsi, ciò serve unicamente per ispiegare il vero senso del dispositivo che sarebbe oscuramente redatto. Anzi lo stesso dispositivo presenta la cosa giudicata nei punti realmente decisi e non per quelli che non si trovano semplicemente enunciati: di leggerli si comprenderà ciò che è stato giudicato, il *quid judicatum*, esaminando le quistioni intorno alle quali le parti discorrevano, il *quid judicandum* (1).

Poichè, per una necessità inerente alla natura stessa delle cose, ogni punto giudicato fra due litiganti è per essi una verità legalmente incontrovertibile, qualunque domanda o dell'attore o del convenuto, qualunque azione ed eccezione, per cui si rimetterebbe in quistione ciò che fu deciso, sarà sempre respinta dall'avversario colla cosa giudicata. Ma spesso è molto difficile il conoscere se la quistione proposta ora da una delle parti sia appunto quella decisa, e se la domanda quindi debba respingersi per la inammissibilità cavata dalla forza della cosa giudicata. Il nostro articolo indica le condizioni necessarie per ammettersi cotesta inammissibilità.

Secondo l'articolo, che passa bruscamente da una idea ad un'altra (dacchè dopo una prima proposizione riguardante l'autorità della cosa giudicata, riguardata in generale ed assolutamente, altra ne presenta senza transizione, che non può aver senso che per la inedita autorità della cosa giudicata, considerata relativamente a una *nocevole domanda*) onde respingersi una domanda come contraria all'autorità

(1) Vedi Cassaz., 14 gennaio 1852; Agen, 23 ottobre 1854 (J. P., 1852, t. I, p. 382; 1856, t. I, p. 453).

della cosa giudicata è necessario; 1° che la cosa richiesta sia la stessa che nella prima lite, 2° che la domanda sia formata sulla medesima causa; 3° che sorga fra le medesime parti e che abbiano le me-

desime qualità.

Quindi le tre condizioni che dovremo svolgere sono: 1° Identità dell'oggetto; 2° identità della causa; 3° identità delle parti o dello loro qualità.

1. Identità dell'oggetto.

III. — E primieramente, *identità dell'oggetto*. È necessario che la cosa cui mira la novella domanda sia la medesima di quella, su cui versa la sentenza.

La cosa dev'essere la *medesima*, ma ciò non vale che essa non debba in alcun modo essere mutata: medesimezza di cosa e non delle qualità; essendo il medesimo l'oggetto, qualunque sieno le modificazioni sopravvenute nell'intervallo, la nuova domanda dovrà respingersi perchè tende a far rivivere una quistione già decisa. Così se or sono parecchi anni ho intentato una azione di rivendica della tal casa, della tal terra o del tale armento, l'essere stata la casa abbellita, meglio distribuita, o considerevolmente mutata, la terra arata mentre prima era piantata a bosco; l'essere ritolto a 25 capi l'armento composto prima di 60 e poi di 100; non mutando perciò l'armento, la terra, la casa, non toglierà che si dichiari inammissibile la rivendica che novellamente volete voi fare. Infatti il mutamento della casa, il modo di cultura della terra e il valore dello armento, sono indifferenti alla quistione messa innanzi da voi or son tre anni, e che voi nuovamente mettete innanzi, cioè se vi appartengono la casa, la terra e l'armento, e quindi la modificazione di queste cose non fa mutare la quistione che riman sempre la stessa.

Ciò è tanto semplice che si oscura volendolo spiegare; e tutto ciò che riguarda la condizione dell'identità dell'oggetto, sarebbe stato pur semplice, se la dottrina, come spesso avviene, non avesse falsato le idee intendendo stabilirlo meglio. Bastava il solo buon senso per indagare e determinare se ciò che si vuol mettere in quistione sia stato o pur no deciso da una prima sentenza. Ma disgraziatamente

alcuni romani giureconsulti avevano immaginato di fare alla nostra materia una applicazione meccanica di assiomi di geometria, i quali, più ingegnosi che giusti, dovevano trarre in errore (Vedi specialmente *Dig.*, lib. 44, tit. II, VII, proleg.); e i nostri moderni commentatori adottando tali idee, con più rispetto che discernimento, han dato sotto lo impero del Codice Napoleone soluzioni da non credersi.

Il più degli scrittori, ma specialmente Toullier (X, 147-149 e 150-155), e Zachariae (V, p. 782-783) riproducendo servilmente il sistema romano, stabiliscono questi due principi certamente incontrastabili, che la *parte è compresa nel tutto*, e che *il tutto non è compreso nella parte*, e ne inferiscono non potersi più domandare una parte quando non ci è stata fatta buona la domanda del tutto, ma invece si può domandare il tutto, quando si è perduto per sola una parte. Ecco gli esempi portati da Toullier.

Colui che succumba in una domanda di rivendicazione d'un immobile, e poi chiede una parte o divisa o indivisa della proprietà dello stesso immobile, sarà respinto col'eccezione della cosa giudicata, perchè si dice, l'oggetto della sua seconda domanda è una parte della cosa prima domandata; e comprendendosi la parte nel tutto, l'oggetto della seconda domanda è stato pure compreso nella prima. Per medesimezza di ragione, se Pietro mi ha domandato 20,000 fr. per quella causa, e perduta la lite egli me ne domanda 10,000 per la medesima causa, dovrà essere respinto per l'effetto della cosa giudicata. Similmente, se il mio avversario che è stato succumbente nell'azione con cui egli pretendeva sul mio terreno il dritto di passare a piedi e colla vettura, *riam*, mi chiede il sem-

plice passaggio a piedi, *iter*, sarà inammissibile poichè *iter* comprendesi *in rita*, e quindi l'oggetto della seconda domanda è stato pure compreso nella prima. Per lo incontro, colui che succombe nella domanda di una parte soltanto della proprietà di un immobile, potrà domandar poi l'intero; colui di cui non si è accolta la domanda di 1,000 o 1,200 fr. potrà chiederne 20,000; e colui cui è stato negato il semplice dritto di passare a piedi, potrà chiedere di passare a piedi e con vettura, perchè avendo il litigante domandato prima una parte, ed ora l'intero, l'oggetto della seconda domanda non si può dire compreso anche nella prima.

Duranton (XIII, 462, 463), Bonnier (n. 684, 685) e Poujol (n. 23, § 6) par che ammettano pure queste idee per quanto riguarda il primo principio.

Or siffatte soluzioni sono le più sofistiche e più false del mondo, e qual potenza non deve aver la pratica perchè si professino anche oggi siffatte dottrine! E che! perchè fu giudicato di non avere la proprietà intera ed esclusiva di quell'immobile, lo è stato perciò di non essere comproprietario per una frazione! Perchè fu giudicato non essere vostro creditore di 20,000 fr. lo è stato pure di non esserlo per 1,000, o o 1,200! Perchè fu detto non poter passare sul vostro terreno ora a piedi ed ora con la vettura, ne segue forse non potervi passare soltanto a piedi! E quasi fossero poche le assurdità, bisognerebbe ammettere la contraria di ognuna di queste proposizioni. Essendo legalmente certo, che per la tal causa voi non avete nemmeno una frazione della proprietà di quell'immobile, un *quinto* per modo di esempio, sarebbe possibile e da discutersi, che per quella medesima causa ne aveste la proprietà intera cioè lo *stesso quinto* con gli altri quattro! Essendo fermo non dovervi 1,200 fr. per la tal causa, resterebbe possibile e da discutersi che per la medesima causa io ve ne debba 2,000! Essendo riconosciuto non avere voi il dritto di passare sul mio terreno a *piedi*, sarebbe possibile che voi abbiate il dritto di passarvi e a *piedi* e colla vettura! In vero ciò non è

da credersi.

Dal non essere il tutto compreso nella parte ne inferite che rimasto succumbente per la parte, io posso ancora domandare l'intero! Ciò a torto, imperocchè, essendo la parte nel tutto, la sentenza che decide che voi non avete nemmeno *questa parte*, implicitamente e necessariamente decide che *non avete l'intero*. Pertanto con ragione Duranton rigetta (n° 464) le strane conseguenze che si son volute ricavare dal principio *Totum in parte non est*, e intorno alle quali tacciono Poujol ed anche Bonnier nel suo Trattato generale. Duranton che non seppe romperla qui col dritto romano si lascia cogliere dalla censura allegando in sostegno la legge 3 (Dig., lib. 44, tit. II; la quale suppone semplicemente come la legge 7, § 4 una persona che prima, con una rivendica a titolo particolare, e poi con la petizione di eredità, pretendi i medesimi beni, per modo che per vie diverse mette sempre innanzi la medesima quistione. Ma Duranton in sostanza non ha meno ragione, essendo evidentissimo che dall'assioma *Totum non est in parte*, non si cava affatto la conseguenza che colui il quale si riconosce non essere proprietario della tal cosa, si potesse fare assegnare un composto di cose che quella comprendono. Che egli ottenga *tutte le altre parti* di questo composto, sia pure; ma che si faccia dichiarare proprietario della parte che si è definitivamente giudicato non appartenergli, e faccia così smentire la sentenza, è impossibile poichè *res judicata veritas est*.

Ma se debbonsi rigettare tali conseguenze, lo si debbono pure quelle che si pretende cavare dall'altro principio *In toto pars continetur*, sebbene sembrano ammessi da Poujol, Bonnier e Duranton, non che da Toullier, Zachariae e dagli altri scrittori. Imperocchè per quanto autorevole sia lo accordo degli interpreti, non potrebbero vincerla sulla ragione, e, che che se ne possa dire, non si potrà mai logicamente concludere che dal non aver dritto all'intero io non abbia almeno dritto ad alcuna delle sue parti.

IV. — Adunque non per l'applicazione di

questi due principi *Pars in toto, Non in parte totum*, bisogna risolvere le difficoltà che possono presentarsi nella materia dell'identità dell'oggetto domandato. Si vuol conoscere se la quistione messa innanzi da un litigante sia o no decisa da una sentenza anteriore, se il punto che egli vuol discutere è cosa ormai giudicata, o se la prima sentenza lo lasci indeciso: che bisogna perciò fare? Ravvicinare la proposizione stabilita dalla precedente sentenza a quella della domanda che il litigante vuol fare giudicare; se la seconda non contraddice la prima, e può con essa coesistere, il punto non era deciso; se al contrario le due proposizioni si contraddicono e sono incompatibili, la seconda pretesione era già cosa giudicata.

Così, rimasto perdente nella mia domanda di rivendica di quello immobile, posso ora chiedere la proprietà di una parte divisa o indivisa p. e. di un quinto? Appliciamo la regola nostra. Fu giudicato che io non sono proprietario esclusivo di tutto l'immobile: voglio fare giudicare che sono proprietario diviso o indiviso di un quinto di esso immobile: Coteste due proposizioni non discordano fra loro; si può ammettere la seconda senza contraddire la prima; non essendovi dunque cosa giudicata, può accogliersi la mia domanda. Sarà il medesimo, se la prima sentenza stabilisca che io non ho un dritto di comproprietà indiviso su tutto l'immobile, ed io voglia far decidere che sono proprietario esclusivo di una porzione divisa di esso immobile, ovvero, viceversa, se la prima sentenza mi ha negato la proprietà esclusiva e divisa d'una porzione, ed io pretenda una comproprietà indivisa. Ciò fu benissimo deciso della Corte Suprema (1). Se io domando nel primo giudizio una porzione divisa o indivisa dell'immobile, potrei, rimanendo succumbente, domandare l'intero immobile! No; perchè fu giudicato che io non ho nemmeno un quinto

dell'immobile e vorrei far giudicare che ho quel medesimo quinto non che gli altri quattro, per modo che la seconda sentenza smentirebbe la prima. Ma se io lascio giudicare che non ho il tal quinto determinato, potrei domandare invece dell'intero immobile gli altri quattro quinti che non riguardò la sentenza; in questo caso le due domande versano sopra due oggetti distinti. Infine ben si comprende che se la prima sentenza avesse troncata la quistione di proprietà contro di me sotto diversi aspetti, decidendo non avere io nè comproprietà indivisa o d'una qualunque parte, nè proprietà divisa o esclusiva, o del tutto o di una parte, non potrebbe più farsi alcuna quistione, e qualunque domanda che tenda alla proprietà qual che si fosse, sarebbe cosa ormai giudicata.

Similmente, essendo giudicato, che per la tal causa voi non mi dovete 1,000 fr. io non posso certamente far giudicare che per la medesima causa me ne dovete 10,000. Per lo incontro, essendo soltanto giudicato che voi non me ne dovete 10,000, io posso far giudicare che me ne dovete 1,000. Se sulla mia prima domanda si fosse giudicato che voi non mi dovete non solo i 10,000 ma nulla, io non potrei fare altra domanda.

Infine, essendo giudicato che non ho il dritto di passare a piedi e colla vettura, posso chiedere il dritto di passare solo a piedi, ovvero solo con la vettura. Se è stato giudicato che io non ho il dritto di passare a piedi, posso ben domandare il dritto di passare solo con la vettura; ma non posso chiedere il dritto di passare a piedi e con la vettura, essendo contraddittorie le due proposizioni.—Diciamo che rimasto perdente per il passaggio a piedi, iter, io posso pretendere il passaggio solo con la vettura *viam sine itinere*. Difatti, il dritto di passare con la vettura (via), come pur quello di passare per condurre il bestiame (*actus*), sebbene contenga di

(1) Annull. di una decisione di Pothier, 14 febbrajo 1831 (Dev., 31, 1, 415).—Vedi pure Ann., 24 aprile 1854, e le osservazioni di Rodière in-

torno a questa decisione nel (*Journal du Palais*, tom. 1, p. 588).

ordinario il dritto di passare a piedi (*iter*) può alle volte non contenerlo ed essere solo: voi potete avere il dritto di passare con la vettura nel mio chiuso per ritirare i vostri ricolti ovvero per condurre al pascolo il vostro bestiame, senza perciò aver il dritto per passeggiare o attendere ai vostri affari. Era il medesimo in Roma, e rita come anche *actus* comprendeva di ordinario *iter*, ma non già necessariamente. Or se la sentenza che vi nega *iter*, non vi permette nemmeno, che che ne dicano Toullier e Zachariae, di chiedere *viam cum itinere*, ovvero *actum cum itinere*, non vi si toglie di poter domandare *viam sine itinere*.

Non potremmo applicar qui la nostra regola a tutti i moltissimi casi riferiti dagli scrittori; e ponghiamo termine con talune osservazioni suggeriteci dalla lettura di Zachariae, e che ci sembrano di provar sempre meglio la falsità del sistema combattuto, per gli sforzi fatti onde coprire la sua assurdità.

V.—Il professore tedesco e i suoi traduttori, stabilendo le pretese conseguenze dell'assioma *Il tutto non è nella parte*, incominciano dal dire (p. 282, nota 58) che rigettata da una sentenza la domanda relativa ad una parte della cosa o del dritto, se ne può ammettere un'altra relativa all'integrità della cosa o del dritto; ma affin di rendere cotesta regola meno urtante aggiungono che « *ciò che non era contenuto nella prima domanda, può essere chiesto in una seconda* ». Or chi non vede che questa seconda proposizione, anziché spiegare semplicemente la prima, invece la smentisce, e che la prima è tanto falsa quanto vera è la seconda! Sì certamente, io posso domandare con una seconda istanza ciò che non era contenuto nella prima; posso domandare il passaggio per il mio armento (*actus*) e per le mie vetture (*viam*), ma separato dal passaggio a piedi (*iter*), quando la mia prima domanda riguardava solo quest'ultimo; posso domandare gl'immobili B, C, D, dipendenti da quel potere, quando la prima sentenza mi ha negato l'immobile A che pure ne dipendeva; essen-

domi stato negato il quinto di un fondo, posso domandarne gli altri quattro quinti: in somma, essendomi stata negata una parte della cosa o del dritto, io posso domandarne le altre parti, le quali non erano comprese nella prima domanda. Ma non posso richiedere la integrità della cosa o del dritto, poichè importerebbe farversare la mia seconda domanda sulla medesima parte che faceva l'oggetto della prima.

Un po' più in là (p. 783, nota 62) Zachariae decidendo che colui a cui una sentenza ha negato *iter*, può domandare ancora *viam* o *actum* riguardati come comprendenti *iter*, rimanda per lo sviluppo di questa idea, non solo a Toullier, ma anche a Duranton (XIII. 407). Or questi di cui implicitamente vuolsi seguir la dottrina, insegna al contrario sì par di noi, che dopo una sentenza, che nega *iter*, si può soltanto domandare *actum* o *viam sine itinere*. Infatti egli dice prima (e con molta ragione sebbene ciò sia contrario al sistema di Toullier e di Zachariae) che colui cui si è negato un dritto di uso non potrebbe ammettersi a domandare l'usufrutto, perchè essendo giudicato non avere io diritto ai frutti di un fondo per soddisfare ai miei bisogni, è perciò giudicato non aver diritto a tutti i frutti di esso fondo; e poi aggiunge che se la cosa è diversa per le servitù *itineris* e *actus*, e rigettata la prima si può anche domandare l'altra, *gli è perchè si può avere l'actum senza avere l'iter*, mentre è impossibile avere il pieno usufrutto senza avere quello piccolo che si chiama uso.

E si noti la contraddizione in cui qui incorrono Zachariae e i suoi traduttori. Onde rendere plausibile l'idea, evidentemente falsa, che io posso ancora domandare *actum* o *viam* che comprende *iter*, quando l'*iter* mi è stato negato da una sentenza, i tre giureconsulti vogliono che rita (e sarà il medesimo per *actus*) quand'anche comprenda *iter* si riguardi non come la riunione di due servitù che possono l'una dall'altra separarsi (il che è vero), ma come unica e indivisibile servitù, che essendo diversa da *iter* potrà domandarsi ed ottenersi dopo negato l'*iter*, ed espri-

mono così la loro regola « il proprietario cui fu negata una servitù può, rigettata la sua domanda, chiedere poi una *servitù di altra specie più ristretta ovvero più estesa* ». Ma allora siccome dopo rigettata la domanda di *iter*, potrei domandare la servitù diversa e più estesa *viam*, così rigettata la domanda di *viam* potrei domandare la servitù diversa e più ristretta *iter*. Che diventa allora il vostro preteso principio, che il rigetto della domanda di un tutto renda inammissibile la domanda di ciascuna parte di esso? principio che Toullier applica specialmente a questa specie (n. 149), spiegando per disteso che non fatta buona la mia domanda di passare a piedi o con vettura; non posso più domandare di passare soltanto a piedi! Come spiegare siffatte incertezze e contraddizioni se non col bisogno di presentare in modo alquanto specioso un sistema che non può affatto sostenersi, e che il solo Toullier ha osato dare quasi in tutta la sua nudità?

Diciamo *quasi*, perchè si vede egli stesso ora fermarsi in faccia a talune conseguenze che prudentemente tace, ora esprimere tali conseguenze equivocando stranamente e uscendo senza accorgersene dal suo sistema. Così, sebbene egli stabilisca chiaramente i suoi pretesi principi, che « si oppone l'eccezione alle domande che riguardano qualche parte del tutto che era l'oggetto di una prima azione » ma che « questa eccezione non può opporsi a colui che domanda con una seconda azione un tutto di cui qualche parte era l'oggetto della prima (n. 155 in fine) » e sebbene egli deduca formalmente dal primo di cotesti pretesi principi, la necessaria conseguenza che colui che si fosse giudicato non aver dritto a 20,000 fr., non potrebbe nemmeno domandarne 10,000 (n. 148), non osa esprimere egualmente l'altra conseguenza pur necessaria del secondo principio, che colui che si è giudicato non aver dritto a 20,000 fr. potrebbe domandarne 40,000. — D'altra mano, se egli ha l'animo di dire che lasciato giudicare che io non sono proprietario dell'immobile A dipendente dal

podere Corneliano, io posso domandare ed ottenere l'intero podere insieme con tutto ciò che ne dipende, e far così giudicare la seconda volta che io son proprietario dell'immobile A (n. 155), egli lo fa perchè sente istintivamente il bisogno di colorire la sua strana soluzione e la colorisce infatti con dire che il fondo si dichiara allora appartenermi con altro titolo. Ma se lo attore trionfa con altro titolo, la eccezione della cosa giudicata non si applicherà perchè *non est eadem causa petendi*, e non perchè non è *eadem res*; mancherà la seconda condizione, *la identità della causa*, e non già la prima, *la identità dell'oggetto* che è quella di cui qui trattiamo.

Si rigettino, adunque le idee che benchè ammesse esplicitamente o implicitamente da tutti i nostri scrittori (tranne la quasi contraddizione di Duranton) sono sempre contrarie alle regole della ragione e della giustizia. Se colui che si è giudicato di non aver dritto ad *alcuna parte* di un tutto, non ne può nulla più domandare, colui che si è soltanto giudicato non aver diritto al tutto può domandarne una parte; e viceversa, colui che si è giudicato non aver diritto a *quella parte di un tutto* può domandarne le altre parti, ma non già il tutto che comprende quella medesima parte. Abbandonati i pretesi principi che si son voluti cavare dagli assiomi *pars in toto*, *non totum in parte*, abbracciamo la sana regola che una domanda è contraria ad una cosa giudicata, in tutti i casi e solo in quelli in cui una decisione conforme alla domanda contraddirebbe la prima sentenza.

Per buona ventura ciò è stato fatto quasi per istinto dalla giurisprudenza; perchè oltre la citata decisione di annullamento del 14 febbrajo 1831, ne troviamo una dei 30 marzo 1837 che condanna la preteso regola ammessa da tutti gli scrittori, cioè che colui che è rimasto perdente nella domanda del tutto non può più domandare alcuna parte di esso. Giova riferire la specie. La signora Sœhnée a cui era stato vietato per contratto di acquisto del suo terreno posto fra la strada Richelieu e i giardini pro-

prì del veaditore, di non fabbricare che sulla strada Richelieu, avea preteso quando la strada di Vivienne dovette passare fin dietro il suo terreno... che perciò dispariva interamente la sua servitù non *aedificandi*, che essa aveva già la *piena libertà* del suo fondo, e poteva fabbricare sulla strada di Vivienne *tanto in altezza che in profondità*, e come le piacerebbe; la sua domanda fu rigettata da una decisione di Parigi degli 11 nov. 1833. Di poi la sig. Schénée pretese che se non avea il dritto di fabbricare in altezza, poteva almeno farlo *in profondità*, fabbricando sulla strada di Vivienne delle botteghe al livello del muro di chiusura, le si rispose che la sua novella pretesione era contraria alla cosa giudicata, poichè il dritto di fabbricare soltanto in profondità essendo una

parte del dritto di fabbricare in profondità e in altezza, e la parte essendo compresa nel tutto, la nuova quistione era giudicata dalla prima decisione.

Egli allegava le leggi romane, Toullier, Duranton, ecc. Ciò non ostante la pretesione della sig. Schénée fu fatta buona tanto nel tribunale della Senna, che dalla Corte di appello di Parigi, e dalla Corte di cassazione (Dev., 37, 1, 80). E ciò ragionevolmente; perchè il dritto di innalzare qualunque fabbrica, e quello di fabbricare in profondità e non già in altezza non sono un medesimo oggetto. Non v'è ombra di contraddizione fra la decisione che giudica non aver il dritto di *fabbricare in profondità* ed *in altezza insieme*, e quella che decide poter fabbricare solo in profondità (1).

2. Della identità della causa.

VI. — Perchè una nuova domanda possa respingersi come cosa giudicata, è necessario non solo che versi sullo stesso oggetto, in secondo luogo (ed oltre la terza condizione che poi svolgeremo) che si fondi sulla medesima causa 1° *eadem res*; 2° *eadem causa petendi*. Ma che si intende mai per causa? La è quistione importantissima, ma assai difficile e trattata in generale in modo non molto soddisfacente.

La causa è il fondamento *immediato* del dritto che la parte vuole esercitare, è la base *immediata* della domanda; e quindi non bisogna confonderla o con le diverse circostanze che costituiscono le basi mediate, o i semplici mezzi che producono o giustificano la causa ultima (come spesso si è fatto), o col dritto stesso, che è *oggetto* della domanda (come han fatto gli antichi commentatori, e di recente anche

(1) Dalloz che nel detto articolo — *Cosa giudicata* della sua nuova edizione, si accosta spesso alle nostre idee, e alle volte cita lunghi estratti del nostro commentario (vedi i nn. 107, 173, 198, cc.), qui è in aperta contraddizione con noi. Egli riproduce la frase in cui porgiamo come *evidente* non esistere alcuna contraddizione fra le due indicate proposizioni ed essere diverso l'oggetto fra i due casi, risponde che *certissimamente* vi è contraddizione, e che l'identità dell'oggetto è *manifesta* (n. 173). — Per quanto queste parole ci sorprendano, pure non le discuteremo. Da ambe le parti una idea pretendesi evidente, ma l'evidenza non si discute nè si dimostra. Faremo solo due osservazioni. — L'una è, che se la prima decisione avesse negato all'attore *ogni sorta di dritto*, giudicando ch'egli non può fabbricare *oè in altezza*, oè *in profondità*, sarebbe una contraddizione il dirsi poi ch'egli può fabbricare *in profondità*. Ma non è questo il caso; una prima decisione statuisce che lo attore non ha il dritto *complesso e generale* di fabbricare in altezza e insieme in profondità. — L'al-

tra riguarda il rimprovero fatto da Dalloz, intorno al senso e all'intendimento dato alla decisione Schénée, il qual rimprovero secondo lui è giustificato dalle spiegazioni del Consigliere relatore della decisione, sig. Lasagni. Il rimprovero mena al falso. La decisione non può aver due sensi, e il detto rapporto di Lasagni, anzichè scostarsi dalle nostre idee, dichiara apertamente al par di noi, che affin di esservi cosa giudicata sulla domanda del *dritto speciale* (di fabbricare soltanto in profondità) sarebbe necessario che la prima decisione invoca di respingere soltanto la domanda dello attore intorno al dritto *generale ed illimitato* (di fabbricare in profondità ed in altezza) avesse giudicato esser lui *senza alcun dritto* (senza che potesse fabbricare nè in altezza, nè in profondità). — Riguardo alla contraddizione ripetiamo di non potersi discutere. Si dee conoscere se sia impossibile che coesistano queste due idee: Pietro non può fabbricare in profondità ed in altezza; *egli può fabbricare soltanto in profondità*. Per noi è chiarissimo che sieno compatibili, e per Dalloz no; giudichi il lettore.

Bonnier e Poujol).

E primieramente, non vuolsi confondere la causa con gli elementi che la producono o giustificano; nei quali si riconosceranno i principi del dritto domandato, e quindi le basi dell'azione con cui si domanda il dritto, ma sono basi lontane e mediate, cause della causa, cui la legge non potrebbe aver riguardo senza render perpetue le liti, e privare di ogni efficacia le decisioni giudiziarie. La causa è nella base ultima, nel principio *immediatamente* generatore che i Romani benissimo chiamavano *causam proximam actionis*. Così quando mi si è negato che si annullasse un atto notarile per un vizio di forma cavato dalla minore età di un testimone, non potrò un'altra volta impugnare quell'atto per un altro vizio di forma cavato da qualunque altra circostanza, p. e. dal non essere francese uno dei testimoni. In ciò concordano gli scrittori e le decisioni (1).

E in fatti la causa della mia prima domanda, cioè il suo motivo prossimo, la sua base *immediata*, non era il fatto della pretesa minore età del testimone, ma la irregolarità delle forme nell'atto. Che ho io chiesto? La nullità dell'atto notarile. Essa dunque era l'oggetto della mia domanda. — Perchè l'atto doveva dichiararsi nullo secondo io diceva? Perchè desso era irregolare nella sua forma. La idea generale della irregolarità delle forme era dunque il motivo prossimo della mia azione, la sua base *immediata*, la sua *causa*. — Ma perchè l'atto era vizioso nella sua forma? per la minore età di un testimone. Questo fatto speciale che risponde al secondo perchè, era dunque una causa della causa, in altri termini, una base *mediata* della domanda, un semplice *mezzo*. Ed ora nella mia seconda domanda, l'essere straniero uno dei testimoni o qualunque altra circostanza da me allegata, è pure la base più remota su cui si fonda la base *immediata*; ed essendo pur questa l'idea genera-

le della *irregolarità delle forme*, ne segue che benchè diversi i mezzi, la causa è una nei due casi. Come ben si scorge dal fin qui detto, i mezzi sono pur causa, poichè concorrono a sostenere la domanda; e la causa è pure un mezzo essendo una, anzi la prima delle ragioni allegate in sostegno di quella. Siccome ben si è detto in fisica chiamarsi *NUVOLE* il *vapore* che s'innalza nell'aria; e *NEBBIA* il *vapore* che resta a fior di terra, così si può dire chiamarsi *CAUSA* il mezzo che determina immediatamente la domanda, e *MEZZI* le cause che sono più remote. Ma qui come sempre, dobbiam dare rigorosamente ad ogni cosa il suo nome proprio, e afin di non incorrere in una confusione pericolosa e comune, vuolsi intendere per causa la base *immediata* chiamando *MEZZO* tutte le altre.

Di leggieri si comprende che se non fatta buona la mia domanda di annullarsi una convenzione per errore, io ne domando poi l'annullamento per dolo o per violenza, o *viceversa*, essa sarà rigettata per l'autorità della cosa giudicata. In ambi i casi, in fatti, la base *immediata*, la causa della domanda è la stessa, cioè l'idea generale di essere vizioso il consenso dato (art. 1109 (1056)); e le circostanze speciali e diverse nei due casi, di errore, di violenza o dolo sono basi remote mediate, in altri termini cui la legge non riguarda.

Ciò basta per far comprendere quanto sia poca esatta la definizione della causa data dal professore Bonnier, il quale concorda con noi nei risultamenti, dicendo non essere « la base generale dell'azione, ma la causa speciale (num. 689) ». Al contrario nella base generale e comune alle diverse azioni noi troviamo la loro causa, e nella base speciale di ciascheduna un mezzo. Non bisogna dunque determinare la causa distinguendo le basi in *general*i e *special*i, ma distinguendole in *mediate* e *immediate*.

Cotesta regola fondamentale non può ben comprendersi senza precise spiegazioni, e

(1) Toullier (X-166); Bonnier (n. 690); Zachariae (V, p. 786); Colmar, 17 luglio 1816; Rig., 3 febbrajo 1818; Cassaz., 29 gennajo 1822; Aix, 30 di-

cembre 1833; Rig., 24 febbrajo 1835 (Dev., 35, 1, 179).

deve far meraviglia che Duranton ne abbia fatto a meno indicando soltanto anche sommariamente, ciò che s'intende per *causa della domanda*. (Vedi t. XIII, numero 472).

Ed è tanto più difficile a comprendersi, quanto a primo aspetto pare poco naturale ed equa. Infatti sembra duro che colui cui non si è fatta buona la domanda di nullità di un atto per essere irregolare in una delle forme, non possa più far valere la irregolarità di un'altra forma affatto diversa della prima, e che sia respinto dall'autorità della *cosa giudicata*, trattandosi di un punto che nella sua prima azione non era stato sottoposto al giudice, e a cui non avevano pur pensato nè il giudice nè egli stesso.

È il medesimo di colui che dopo aver perduto, allegando il suo errore, vuol far valere un dolo di cui non si è punto trattato nella sua prima domanda, un dolo che egli stesso forse non conosceva, e che ha conosciuto poi! Come mai la ragione, l'equità e l'esattezza stessa del linguaggio possono fare dire in questi e in altri simili casi che la quistione è giudicata?

La regola si spiega col sacrificio sempre necessario dello interesse particolare all'interesse generale. Se si potesse qui riguardare altro che la base prossima e immediata, avrebbe dovuto tenersi ragione non solo della base che precede immediatamente quella e che è la seconda in salire, ma pur dell'altra che precede la seconda, e così via risalendo fino alle cause più remote perchè l'obbiezione che ci abbiamo fatto per la causa del secondo grado, può farsi per quelle di un grado più in là.

Permettendo nuove discussioni per tutte le cause nuove per remote che siano, cioè per tutti i nuovi mezzi, si sarebbero eternati i litigi, come abbiain detto, ridotte le decisioni giudicarie ad esser sempre provvisorie e distrutta l'autorità della cosa giudicata. Dunque per quanto molesta possa essere la conseguenza in questo o quel caso per le parti, non si doveva tener conto che della *causa* propriamente detta e pros-

sima, fatta astrazione dei semplici mezzi o cause remote. Spetta a colui che fa una domanda d'indagare tutte le circostanze rilevanti che si riattaccano alla causa prossima; acciocchè nulla trascuri di ciò che può essere decisivo.

Giustificata la regola riguardo all'equità, si giustifica facilmente per la esattezza dei termini. Perchè ammessa, come costitutiva della quistione giudicaria la sola causa prossima della domanda, esattamente si dirà che la quistione è giudicata, ogni qualvolta la discussione sarà troncata rispetto alla causa prossima. Così nel primo esempio sopracitato non si potrebbe dire la seconda quistione giudicata dalla prima sentenza, se la formola di essa doveva comprendere la indicazione della causa remota. Si direbbe essersi giudicato se l'atto è nullo per vizio di forma risultante dalla minore età d'un testimone, e non già se vi fosse nullità per vizio di forma risultante dall'essere uno dei testimoni straniero. Ma essendovi un altro elemento, posta così la quistione, perchè la formola legale che respinge qualunque altra base che la causa immediata, si restringe a questo: *ecce nullità per vizio di forma?* senza riguardare il perchè del vizio (perchè ciò menerebbe ad una base mediata), la quistione è la stessa nei due affari ed è stata giudicata.

Adunque non altro deve qui riguardarsi che la base immediata. Ma non essendo la base immediata la medesima nelle due domande, non v'è più cosa giudicata, ed è ammissibile la nuova domanda. Così quando non si è fatta buona una domanda, onde annullarsi una convenzione per vizio di consenso (per errore, dolo o violenza), si potrà domandare nuovamente di annullarsi per incapacità (per lo stato di interdizione, o per mancanza di autorizzazione se è una donna maritata). Imperocchè, sebbene vi sia qui analogia fra le cause delle due domande, pure sono esse distinte, l'una, il consenso vizioso, regolata dagli art. 1109 (1063) e seguenti presenta la mancanza della prima delle quattro condizioni richieste, onde esser validi

i contratti nell'art. 1108 (1062); mentre l'altra (la mancanza di attitudine legale ad obbligarsi) regolata dagli art. 1123, 1125 (1077, 1079) è la mancanza della seconda delle condizioni. Così pure si è dirittamente giudicato, che colui che aveva prima domandato di far dichiarare inefficace il testamento di un Francese naturalizzato in paese straniero senza autorizzazione, perchè secondo il decreto del 1811 i beni di tal Francese erano già confiscati, per il fatto della sua naturalizzazione, poteva dopo aver perduto in quella domanda (perchè la confisca fu abolita dalla Carta del 1814) far valere contro quel testamento una nullità cavata dall'essere il testatore incapace di testare, essendo privo dei suoi dritti civili in forza di quel decreto. Infatti l'oggetto delle due successive domande, la nullità del testamento, non era in altri casi domandata per la medesima causa: nel primo era causa la supposta mancanza nel testatore del titolo di proprietario dei beni; nell'altro la sua incapacità personale. La diversità di causa s'incontrava dunque sin dal primo grado nella base prossima senza risalire più in là (1).

VII. — Cotesta condizione della identità della causa era in generale, come abbiamo detto, presentata dagli scrittori in modo non molto soddisfacente. Se gli uni in fatti, massime Duranton, non si curano di definire ciò che s'intende per causa, gli altri svolgendo più o meno esattamente la regola, non la giustificano affatto, non la spiegano moralmente, per così dire, rispondendo all'obiezione di iniquità per cui non tanto ben si comprende.

Però non può ciò imputarsi ad un solo scrittore per quanto noi sappiamo da Bonnier, il quale sebbene abbia presentato il principio della identità della causa, ed anche quella dell'identità dell'oggetto in modo incompleto e molto ristretto (p. 638, 643), almeno ha cercato di determinare ed anche di giustificare la regola, ma gli sforzi di lui non furono felici; non si potrebbe immaginare nulla di più curioso della sua

spiegazione.

« La causa di cui vuol parlare la legge, dice Bonnier, non è la base generale dell'azione. p. e. se la controversia è intorno ad un testamento, la nullità di esso, ma la causa speciale per cui s'impugna. Ma non deve aninarsi troppo in là in questa via, e confondere con la causa della domanda i mezzi usati per giustificare l'esistenza di quella causa, altrimenti i litigi non finirebbero mai. La giurisprudenza è qui fra due scogli; non si deve nè risalire alla causa più remota della domanda cotaleché si facciano giudicare punti diversi da quello giudicato, nè riguardare come altrettante cause diverse i mezzi particolari che possono proporsi in sostegno delle conclusioni, per modo che si moltiplichino senza fine i litigi » (nn. 689, 690).

È questa in sostanza la spiegazione di Bonnier. A quali due scogli accenna lo scrittore; quali sono i due pericoli che egli oppone l'uno all'altro? Secondo lui, il primo pericolo sarebbe di risalire alla causa più remota, mentre ci dobbiamo fermare alla causa prossima; il secondo di riguardare i mezzi come causa. Ma prendere un semplice mezzo per la causa vale appunto risalire ad una causa più remota invece di fermarsi alla causa prossima; cosicchè i due scogli opposti da Bonnier come uno estremo all'estremo contrario, sono il solo e medesimo scoglio. Così p. e. se un tribunale, rigettata la mia domanda di nullità di un contratto perchè il consenso era viziato da errore, ammettesse a torto la mia domanda di nullità del medesimo contratto per causa di violenza, e ne ammettesse un'altra dopo una seconda perdita, perchè il consenso fosse vizioso per effetto di dolo, sarebbe da una parte riguardare l'errore, la violenza, il dolo, che sono mezzi onde provare che il consenso è vizioso, come altrettante cause diverse e perciò stesso moltiplicare senza fine i litigi; ma sarebbe altresì, d'altra mano, risalire in ciascuno affare alla causa più remota invece di fermarsi alla prossima. Bon-

(1) Pau, 19 marzo 1834 (Devill. e Car., 34, II, 441).

nier sebbene qui accenni a due pericoli, e due realmente ne esistano, indica soltanto quello di prendere una circostanza, che produce e giustifica la causa per la medesima causa, di prendere una *causa remota* per la *causa prossima*.

Del pari che quest'ultima frase, non si può far buona nemmeno la prima, quella cioè che dà la pretesa definizione della causa. « La causa di cui vuol parlare la legge, egli dice, non è la base *generale* dell'azione, ma la causa *speciale* ». Errore.

Quando io voglio intentare successivamente tre azioni di nullità di un contratto per vizio del consenso sostenendo prima esservi stato dolo, poi violenza, e poi errore, la base generale delle azioni, la causa comune a tutte e tre si è la invalidità del consenso; la causa speciale di ciascheduna, l'errore, la violenza, il dolo. Or dovendoci attenere qui alla causa speciale essendo ella diversa nei tre casi dovrebbero ammettersi le mie tre azioni, e al contrario Bonnier insegna al par di noi « che un contratto impugnato vanamente per causa di dolo, non può esserlo più per causa di violenza o di errore » perchè nei tre casi la causa quale è intesa dalla legge, egli dice, è il vizio del consenso. Ma appunto questo vizio del consenso è la base generale e comune delle tre azioni. Similmente, quando io successivamente domando la nullità di un testamento, prima per vizio di forma, che risulta dalla minore età di un testimone, poi per altro vizio che risulta dall'essere non Francese un testimone, e poi per un altro vizio che risulta da un'altra causa; secondo la supposta regola, le mie azioni sono da ammettersi, e non vi è cosa giu-

dicata, poichè la causa speciale a cui si deve stare, è diversa nei tre casi. Eppure Bonnier dice anche qui come noi, che e non ostante sia diversa la questione *speciale*, io devo esser dichiarato inammissibile perchè la causa quale è intesa dalla legge, è la *mancaza di forme in generale*, e non quel vizio di forme speciali. La regola presentata da Bonnier, e da noi censurata così di volo, è appunto contraria al vero, e Bonnier medesimo la distrugge coi suoi esempi poichè l'ha stabilita (1).

VIII.—Abbiam detto, che se non dee confondersi *la causa* propriamente detta (cioè la causa prossima) colle diverse circostanze che la producono e la provano (cioè colle cause remote), non deve nemmeno confondersi coll'*oggetto*. Quest'ultimo scoglio, per quanto sembra offrire poco imbarazzo, merita pure talune osservazioni; avvegnachè qualche scrittore, ed anche dei recenti vi si sono impigliati. Poujol (n. 24) indica, come se fosse tutt'una la causa di una domanda, e il *fine* di essa; poi (n. 25, § 2) presenta la proprietà che è oggetto d'una rivendica, e il dritto di uso dimandato in un'altra azione, come le cause delle due domande. Egli incorre pure in questo madornale errore, e da ciò derivano le sue spiegazioni or false, ora inintelligibili, che noi abbiamo notato.

Facciamo pertanto un'esatta analisi intorno a questo punto. Se lungheggeremo nei nostri sviluppi, vi saremo astretti dal bisogno impostoci dai notati errori.

Siccome la mente, volendo conoscere *la causa*, il fondamento, d'una domanda giudiziaria, può trovare vari elementi, che tutti ritiene come cause, così potrà alle

(1) Facciam dire a Bonnier che in questi due esempi la causa quale è intesa dalla legge è per l'uno il *vizio del consenso*, e per l'altro la *mancaza delle forme*. In ciò noi mutiamo la maniera onde l'onorevole professore si è espresso, ma per renderla più esatta. Le due proposizioni di Bonnier sono: « La causa della mia domanda non era un vizio speciale di forme, ma la *nullità per mancaza di forme* » e più in là: « La causa della mia domanda era la *rescissione per vizio del consenso*. » Or la rescissione del contratto in un caso, come la nullità del testamento nell'altro non

sono punto le cause delle domande, ma invece gli *oggetti*. La mia azione tende proprio alla rescissione, l'annullamento, dunque ne è l'*oggetto*, ma la ragione su cui io fonda la domanda, il motivo legale, la causa in somma è il *vizio del consenso* in un caso, la *mancaza delle forme* nell'altro. Come mai i giovani potranno avere diritte idee se coloro che insegnano ne hanno di così storte? Vedremo che da siffatta strana confusione della causa con l'oggetto deriva la gravissima inesattezza delle spiegazioni date su tal materia da Bonnier.

volte trovare anche vari elementi, se cercherà l'*oggetto* della medesima domanda, permodochè, siccome possono esservi parecchie cause in una sola domanda, che son conseguenze le une delle altre (*all'ultima* sola delle quali deve aver si riguardo), così possono esservi più oggetti, che sieno anche conseguenze gli uni degli altri. Per grazia di esempio, volendo fare annullare, per cagione di violenza, la vendita della mia casa, come cercando la *causa* della mia azione si trovano due cose, cioè la violenza praticata verso di me, e poi il vizio del consenso prodotto da quella, così cercando l'*oggetto* dell'azione, si trovano pure due cose, cioè, l'annullamento della vendita, e il ricuperamento della casa venduta, dimodochè se, da una mano, sopra la causa prossima e immediata, altra ve n'è più remota e mediata, da cui la prima si ingenera, evvi pure oltre l'*oggetto* diretto ed immediato, un altro mediato e più remoto che dal primo deriva. Dunque due cause e due oggetti, ossia quattro cose. Secondo i casi potrebbero esser dippiù; ma l'esempio nostro ne porge quattro. Si noti infatti, che se due soltanto dei quattro elementi son cause rispetto all'azione, tutti sotto altro riguardo son causa, cioè rispetto all'elemento che s'ingenera da esso. Quindi la violenza è la causa che produce la invalidità del mio consenso, questa è la causa che produce (purelè dichiarata dal giudice) l'annullamento della vendita, il quale è la causa che produce il ricuperamento della cosa, facendo risorgere il mio diritto di proprietà.

Così, quando gli elementi più o meno vari si riguardano non più in rapporto alla domanda, ma in rapporto fra loro, tutti, eccettone l'ultimo (che dev'essere effetto) sono una *causa* del seguente. Così la rescissione per il contratto di vendita è una *causa*, riguardo al dritto di ricuperare la cosa venduta, ma è solo l'*oggetto* riguardo alla domanda che mira alla rescissione; la nullità dichiarata di un testamento è una causa rispetto al dritto che ha il legittimo erede di

prendere i beni legati ma ne è l'*oggetto* riguardo all'azione per cui si vuol fare dichiarare la nullità. Or perchè uno degli elementi possa essere *causa* ed *oggetto*, secondo l'aspetto sotto cui si riguarda, e secondo la cosa in riguardo alla quale si considera, alcuni ingannandosi, e passando, senza pure accorgersene, da un aspetto all'altro, han detto, che l'*oggetto* immediato quando è seguito di un *oggetto* mediato che ne è conseguenza, è una causa della domanda! Senza dubbio è una causa dell'*oggetto* mediato e più remoto, ma non mai una causa della domanda.

Bonnier, non avendo ben compreso queste idee, dice (n. 690) che la domanda, con cui io voglio fare annullare un testamento, ha per causa la *nullità* di esso, e che quella con cui si vuol fare annullare un contratto, la *rescissione* di esso; poi al n. 720 (Vedi più giù la nota del n. XV) che la *causa* dell'azione criminale è l'applicazione d'una pena. Da ciò parimente derivano le proposizioni false e contraddittorie che formano la sostanza della sua dottrina intorno all'identità della causa. Così dicendo (n. 689) che per causa bisogna intendere non la *base generale* dell'azione, per esempio, egli dice, *la nullità del testamento*, ma la causa speciale per cui il testamento s'impugna, ben si scorge dall'esempio, che per base generale egli intende l'*oggetto* immediato della domanda; e sicchè se si enunciasse esattamente la sua dottrina, egli vorrebbe non doversi prendere per causa dell'azione l'*oggetto* di essa. E quando, dopo aver detto (nel seguente numero) che viceversa non devono nemmeno prendersi per la causa i semplici mezzi, aggiunge infine doversi schivare i due scogli, e non cadere in nessuno degli estremi, sembra evidente che egli intenda riassumere le due idee correlative che ha dianzi spiegato, e che la sua frase debba così intendersi: non deve prendersi l'*oggetto* per la causa, nè riguardare i mezzi come cause (1).

Riepilogando i nn. VI, VII ed VIII, di-

(1) Ma perchè Bonnier considerando a torto l'*oggetto* immediato della domanda come una delle

ciamo, la causa che dev' essere la stessa nelle due domande, perchè si respinga come giudicata la seconda, è il principio che ingenera immediatamente il dritto che una parte vuole esercitare, e l'altra le contende; se il dritto che forma l'oggetto della domanda costa di vari elementi, il più prossimo è solo la causa del dritto e della domanda, e gli altri principi generanti, che diconsi mezzi, non sono la causa, non meno che l'avo e il bisavo non mi sono padri. Non bisogna nemmeno, essendo vari gli oggetti, e derivando l'uno dall'altro, confondere la causa col primo di essi; perocchè se è causa rispetto agli oggetti più remoti, non potrebbe esserlo rispetto alla domanda.

Quindi, da una mano, non si deve risalire ai mezzi, ma dall'altra non si deve discendere allo oggetto.—Del resto, l'oggetto si trova nella risposta alla seguente quistione: Che chiede l'attore? e la causa si trova nella risposta a quest'altra: Su di che cosa l'attore fonda egli immediatamente la sua domanda?

IX.—A questi sviluppi che ci son paruti necessari onde ben comprendere la condizione della identità di causa, aggiungeremo altre due osservazioni pria di venire alla identità delle persone.

La prima è, che non havvi alcuna eccezione al principio di non potersi respingere una seconda domanda con l'autorità della cosa giudicata quando diversa ne è la causa.

E primieramente, si applica alle domande reali ed alle personali. Così rimasto succumbente nella rivendica dell'immobile

A, che io pretendeva essermi stato assegnato in un testamento, deve accogliersi una mia nuova domanda di rivendica se è fondata sopra un altro testamento; poi- chè essendo il medesimo l'oggetto delle due domande, cioè la proprietà dell'immobile A, diversa ne è la causa, cioè il titolo di acquisto (1). Non era così in Roma, almeno quando l'azione reale era stata fatta senza esprimersi specialmente la causa: cioè il titolo di acquisto (Dig., lib. 44, tit. II, XIV, § 2). Ma siccome da noi la citazione deve contenere a pena di nullità la esposizione dei motivi e quindi la indicazione della causa allegata (art. 61 (153), Cod. di procedura), non può avvenire quel caso; e ove pure avvenisse perchè l'avversario non avrebbe fatto dichiarar nulla la citazione, noi stimiamo, come Bonnier (n. 687) contro la sentenza di Zachariae (V, p. 192), che per doversi accogliere la seconda domanda fondata sopra altra causa, basterebbe la indicazione della prima fornita dai motivi della prima sentenza. Infatti ben ragionevolmente senza alcuna distinzione nè restringimento si riconosce l'autorità della cosa giudicata solo per la seconda domanda che è al pari della prima fondata sulla medesima causa; dunque la mia nuova domanda deve accogliersi, ove io provi con qualunque siasi mezzo che si fonda sopra una causa diversa dall'antica. Deve pure applicarsi, chechè ne dica Toullier secondo la legge romana (X, 169), e quando le due cause di domanda successivamente allegate, esistevano ambedue nella persona dell'attore al tempo della prima azione, e quando la seconda

cause di essa (mentre è causa per l'oggetto mediato) ne fa egli una causa *generale* riserbando alla causa vera il nome di *causa speciale*? Perchè volendo opporre al pericolo di prendere per la causa un semplice mezzo, l'altro pericolo di prendere per causa l'oggetto immediato, esprime quest'ultima idea con le parole *risalire alla causa più remota*? Ciò non sapremmo nè spiegare, nè comprendere. La inesattezza di tale ultima espressione è tanto più bizzarra, che non si sale ma si discende quando si viene fino all'oggetto d'una domanda, dovendosi arrestare alla sua causa; dappoi- chè, siccome i semplici mezzi o le cause mediate sono al di sopra della causa prossima, dacchè la

ingenerano, così l'oggetto è al di sotto della causa prossima dacchè ne è ingenerato. La rescissione che io chiedo di quel contratto è *la conseguenza* del vizio del consenso che forma la causa della mia azione; la nullità che io chiedo di quel testamento, è *la conseguenza* della mancanza di forma che costituisce la causa della mia azione. Or quando mai si è *risalito* da un principio alla sua conseguenza? Come spiegarsi questa serie di inesattezze? (vedi pure la nota del n. XV infra).

(1) Bordeaux, 14 maggio 1839; Montpellier, 13 febr. 1841; Rig., 3 maggio 1841 (Dev., 41, I, 720 e II, 213).

ha cominciato ad esistere dopo rigettata la prima. Così vendendosi da Pietro lo stesso immobile, a mio padre nel 1840, e poi a me nel 1841; divenuto io erede di mio padre nel 1842, scorso qualche tempo ho richiesto da Pietro il rilascio dell'immobile per la vendita fatta a me nel 1841; succumbendo in questa azione potrei intenderne un'altra per la vendita fatta a mio padre nel 1840. La causa della seconda azione non è quella della prima; diversa è la questione che si mette innanzi nel secondo litigio, e non vi è affatto cosa giudicata. Si è dichiarata inefficace la vendita del 1841, ma nulla si è giudicato intorno a quella del 1840.

Perchè dunque non dovrebbe accogliersi la mia domanda? Dice Toullier, perchè riunitisi il dritto e le azioni di mio padre ai miei e costituendo un solo patrimonio, le due azioni che derivavano primamente dalle due vendite, *ne formano ora una sola*. La conseguenza non può essere più falsa; formando un sol patrimonio quello di mio padre e il mio, ne segue che le due azioni sono ora in un medesimo patrimonio anzichè in due, ed appartengono ad una medesima persona anzichè a due; quindi risulta dall'accettazione dell'eredità che le due azioni appartengono alla medesima persona, ma non già che una di essa sia assorbita dall'altra e ne formano una sola: son sempre due azioni simiglianti ma distinte, essendovi due cause d'azione, due vendite. L'assorbimento non potrebbe ammettersi, se invece di supporre due titoli di acquisto simiglianti, se ne suppongano due diversi; una donazione, una vendita, l'azione *ex empto* e l'azione *ex donato* non possono diventare una sola e medesima. Se fosse vero l'assorbimento, bisognerebbe dire nel caso preveduto dal medesimo Toullier in cui mio padre ed io, ciascuno per sè avremmo pagato in contanti, e supposto che le vendite fossero dichiarate entrambe

nulle, che le due azioni per ripetere il prezzo indebitamente pagato e che mirano ciascuna a ripetere 25,000 fr. debbano mirare ad aver quella somma, una sola volta per modo che io potrei solo ripetere 25,000 anzichè 50,000. Non posso io sempre al contrario, riunire i dritti di mio padre ai miei, far da me solo ciò che avrebbe potuto farsi separatamente da mio padre e da me, e quindi far valere o con una sola azione o con due successive o i due crediti di 25,000 franchi ovvero un credito di 50,000; prima una rivendica o poi un'altra, prima con uno dei contratti, e poi con l'altro dopo essere rimasto succumbente riguardo al primo.

Perchè dunque non si dovrebbe accogliere la mia seconda domanda? Forse perchè potendo io disporre di due azioni quando ne ho inteso una, le abbia dovuto far valere insieme e perchè mi si applicherebbe la pretesa regola, che scelta prima una delle azioni, non si può più ricorrere ad un'altra *electa una tunc non datur recursus ad alteram*! No (1), perchè Toullier medesimo confuta largamente e tanto che basti (n. 170, 193), questo chimerico principio ch'è un altro errore da notare nella materia della cosa giudicata in cui hanno avuto credito molti errori. Toullier nelle trentadue pagine nelle quali censura il preteso assioma, prova contro gli antichi comentatori, contro il presidente Fabro e Merlin, che quel principio, contrario e alle regole della ragione e ai principi del dritto, è una di quelle aberrazioni mantenute da una cieca pratica; che la scelta di un'azione purchè più sicura delle altre non potrebbe togliere che si sperimentino poi le altre; una seconda azione potrebbe esser solo impedita dallo esercizio della prima coi principi della cosa giudicata, e quindi l'assioma *electa una tunc non datur recursus ad alteram* diventa vera, se vi si aggiunga *nisi ex alia causa*. Or essendo qui la causa della seconda azione diversa dalla prima, poichè l'una è

(1) Vedi intorno a questa pretesa massima la singolare decisione colla quale le camere riunite della Corte di cassazione ammisero l'azione correzionale, avverso un contraffattore, poichè questi era stato citato innanzi il tribunale di commer-

cio per pagare una somma stipulata a titolo di clausola penale caso mai avesse contraffatto. Cass., 10 giugno 1831 e 7 maggio 1832 (J. P., 1832, t. II, p. 385, e 1831, t. II, p. 118).

la vendita fatta a mio padre nel 1840, o l'altra la vendita fatta a me stesso nel 1841, deve dunque accogliersi la mia seconda azione.

Seconda ed ultima osservazione. Se la nuova domanda deve ammettersi, essendo diversa la causa, deve viceversa respingersi, essendo una la causa, quand'anche derivi da una azione diversa.—Così colui che è succumbente nell'azione di petizione di eredità per una metà di quel patrimonio, non potrebbe far poi la medesima domanda per la stessa metà con la semplice azione di divisione; perchè egli domanda il medesimo oggetto per una medesima causa, che è il suo preteso titolo di erede.—Così pure

un venditore di effetti mobili, cui si è negata la rivendica che egli avea intentato per non essersi pagato il prezzo, non potrebbe sperimentare un'altra azione per risolversi la vendita per lo stesso motivo (1).

In vero, perchè vi sia cosa giudicata non ci vogliono già quattro condizioni, ma tre. Non è bisogno che slavi simiglianza di azione oltre a che l'oggetto, la causa e le persone siano identiche; ed essendovi medesimezza di oggetto e di causa (ed anche di persone), la nuova domanda non può ammettersi, come al contrario lo si deve, quando e per ciò solo che la causa è diversa.

3. Dell'identità delle parti.

X.—Oltre l'identità di oggetto e di causa, che han richiesto sì larghi sviluppi, ci vuole ancora, onde cosa giudicata vi sia, che la nuova domanda si faccia fra le medesime persone che agiscono con la medesima qualità: 1° *eadem res*; 2° *eadem causa*; 3° *eadem conditio personarum*. Abbiamo visto in fatti sotto l'art. 5 (3), n° II, che le sentenze, a differenza delle leggi, sono efficaci specialmente e per le persone fra cui la sentenza è pronunziata, e per le cose che riguardano; nè legano se non le parti in causa: *res inter alios judicata aliis non nocet nec prodest*.

Perchè le persone siano giuridicamente le medesime, ci vogliono, ed è ben ragionevole, due cose: 1° che le parti siano le medesime, cioè che quelle fra cui è il nuovo litigio, abbiano figurato nel primo; 2° che le parti agiscano pure secondo le qualità con le quali agivano la prima volta. Detto alcuna cosa intorno alla seconda idea, esaminiamo più liberamente la prima, che offre maggiori particolarità.

Non basta che la persona che figura oggi nella seconda lite abbia figurato nella prima, bisogna anche che ella vi figurasse con la medesima qualità; in altri ter-

mini, non basta la identità fisica, ma ci vuole quella giuridica legale. Esercitata per conto mio la rivendica di un immobile e rimasto succumbente, se voglio poi intenderla come tutore di un minore o di un interdetto, ovvero come mandatario o gestore di una persona, ben si scorge che l'attore è sempre il medesimo fisicamente, ma non già legalmente parlando. Nel primo caso l'attore era io stesso, nel secondo il pupillo, l'interdetto o qualunque altro di cui sono il mandatario, lo strumento per così dire: non son più io, ma è un altro che domanda per mezzo mio. Sarà lo stesso nelle reciproche ipotesi.

Ma l'identità giuridica della persona può anche venir meno per la diversità delle qualità, sebbene agisca nei due casi sempre per sè; cioè quando alcuno figura nella seconda causa come erede di un altro, a cui non era per anco succeduto al tempo della prima causa. La cosa giudicata per lui o contro di lui, quando non era erede, non toglierà che come erede, egli non possa nuovamente agire, ovvero essere perseguitato; dappoichè non vi è *eadem conditio personarum*, e uno dei litiganti, rispetto ai dritti e alle obbligazioni che gli appar-

(1) Orléans, 18 aprile 1835; Rig., 19 ap. 1836 (Dev. e Car., 37, 1, 42. — Vedi pure nel medesimo MARCADÉ, Vol. III, p. I.

mo senso, Poitiers, 4 aprile 1834 (J. P., 1834, t. I, p. 534).

tengono, non è più la medesima persona giuridica di prima.

Ecco un caso giudicato dalla Corte Suprema nell'anno 7. Un signore Lostanges erede di sua madre, ma che avea rinunciato alla successione paterna, rivendicò innanzi il parlamento di Tolosa, contro un Signor Bessieres, un podere appartenente a sua madre, venduto indebitamente da suo padre. Ma poi Lostanges, deliberatosi di accettare la successione paterna prima rinunziata, fu sfidato da Bessieres a restituire il podere come tenuto alle obbligazioni del venditore. Lostanges sostenendo che il suo avversario doveva essere respinto dalla cosa giudicata, vide prima accolta la sua domanda; ma fattosene ricorso, il tribunale di cassazione annullò la sentenza, perchè le parti non avevano più la medesima qualità che al tempo della decisione di Tolosa. Infatti, se è vero che la pretensione di Bessieres avea in ambi i casi il medesimo oggetto, cioè la proprietà del podere, ed anche la medesima causa, cioè la vendita fatta da Lostanges padre, essa non si discuteva fra le due persone aventi la medesima condizione, dacchè Lostanges, estraneo al tempo della prima lite alle obbligazioni del padre, vi si trovava sottoposto al tempo della seconda per l'accettazione dell'eredità.

Si scorge dallo esempio, che il procedere la persona or come erede di un tale, or come erede di un altro può impedire l'autorità della cosa giudicata, perchè la persona non sia giuridicamente la stessa, quantunque poi vi sia identità di oggetto e di causa. Ma spesso anche tal circostanza farà venir meno l'identità di causa o l'identità di oggetto. Eccone un esempio che crediamo utile riferire.

Il conte d' Albert e il Presidente d' Albert fratelli, nell' anno 3, avevano fatto col comune di Mondragon una transazione, con cui gli abbandonavano alcuni beni. Nel 1823 i figli del conte ottennero dalla Corte di Nimes una decisione che, dichiarando nulla la transazione, li reintegrava nei beni

ceduti dal padre. Dipoi essi, divenuti eredi dello zio, il Presidente, domandarono la parte dei beni ceduta da costui nella medesima transazione; e volendo la comune rimettere in campo la quistione, sostennero esservi cosa giudicata. Ma la Corte di Nimes rigettò questo mezzo d' inammissibilità ai 25 novembre 1836, e fattosene ricorso, la decisione fu conservata, perchè le due istanze del 1823 e 1836, riguardavano due diverse porzioni del podere domandate dagli attori, l'una come eredi del conte, loro padre, l'altra come eredi del Presidente, loro zio; cotalchè non vi era nè identità di oggetto nè identità giuridica delle parti, e sotto questo doppio aspetto non vi era cosa giudicata (1).

Adunque l'essere diverse le qualità con cui procede un individuo, può renderlo una distinta persona giuridica, e può anche render distinto l'oggetto, e più spesso la causa. Questo ci mena a sciogliere un punto controverso fra Toullier e Zachariae. — Il primo (X, 214, 245) insegna che la diversità delle qualità derivante da una accettazione d'eredità, faccia venir meno l'autorità della cosa giudicata, quando la qualità con cui si propone la seconda domanda fosse nota per l'accettazione di eredità dopo la prima, e non già quando le due qualità esistevano al tempo della prima domanda. Zachariae (V, n. 780) sostiene al contrario non esser necessaria tal condizione, nè esservi mai cosa giudicata quando una persona si presenterebbe prima come erede di uno, e poi come erede di un altro, quantunque fosse erede di entrambi, al tempo della prima lite. La quistione si risolve con la distinzione che esce da ciò che noi abbiamo sopra detto.

Se la qualità usata nella seconda causa, e di cui non si era parlato nella prima, può solo impedire l'autorità della cosa giudicata, perchè le parti non sono le medesime (essendo necessariamente lo stesso l'oggetto e la causa), come nello affare Lostanges, sarà vero, come dice Toullier, che l'effetto si produrrà in quanto la qua-

(1) Cass., 7 mess. anno 7; Rig., 3 maggio 1831

(Dev. e Car. 1, I, 216; 41, I, 391).

lità sarà nata dopo la prima domanda. In vano si vorrebbe sostenere che un individuo non ha ligitato in una prima lite che *proprio nomine* o come erede di sua madre, e nella seconda agisce come erede di suo padre o di altro, quando fin dalla prima causa era erede di entrambi. Avendo ormai accettato le eredità di vostra madre, di vostro padre e di vostro zio, non è più in voi nè in altri il fare che i dritti attivi e passivi di quelle tre persone non *sieno vostri propri diritti*: qualunque domanda messa in campo da voi o per un dritto che vi derivi da questa o da quella eredità, ovvero per un dritto già vostro prima di accettare alcuna eredità, è sempre proposta *proprio nomine*, giacchè i tre patrimoni raccolti sono le parti integranti del solo e medesimo vostro patrimonio. Come si potrebbe mai dire nel vostro interesse o contro di voi, che nella seconda causa voi non avete la medesima qualità che nella prima, quando nessuna altra nuova qualità avete acquistato nell'intervallo, ed eravate sin dalla prima causa erede delle tre persone? Come si direbbe non esservi *eadem conditio personarum*, quando la condizione delle parti non è stata per nulla modificata? Il non aver parlato di una tal qualità non fa che non si abbia; non aver riguardata la vostra condizione sotto il rapporto con cui oggi si vuol vedere, non fa che dessa sia mutata. Dunque solo quando dopo la prima domanda avete assunto la qualità di erede con cui agite nella seconda causa, cesserò per non esservi *identità giuridica delle persone* l'autorità della cosa giudicata. In questa prima ipotesi adunque Toullier ha ragione e torto Zachariae.

Ma se nella seconda causa si assume una qualità, di cui non si era parlato nella prima, e con cui si tende a dare una causa novella ovvero anche un novello oggetto, come nello affare d'Albert, non importa allora che la qualità esistesse al tempo della prima causa, e per conseguenza la nuova causa o l'oggetto novello avessero potuto figurarvi. L'aver potuto far valere la causa o domandar l'oggetto non toglie che ciò non

si sia fatto, e quindi vi è nuova causa o nuovo oggetto. Non vi è pertanto cosa giudicata, ed erra a sua volta Toullier, quando rimandandoci al suo numero 169, di cui confutammo la soluzione al n. VII, insegna non doversi mai ammettere la seconda domanda assolutamente, per ciò che la qualità con cui si proponeva esistesse già al tempo della prima. L'autorità della cosa giudicata non cesserà allora, perchè non vi fosse identità di parti, ma perchè non vi fosse identità di causa, ovvero di oggetto.

Le due ipotesi son diverse, dipendendo dalla volontà del litigante di domandare o no il tale oggetto e fondare la sua domanda sopra questa o quell'altra causa, mentre non è in lui, nè nel suo avversario il mutare il vero delle cose.

XI.—Siccome una persona, agendo in una seconda causa, dee alle volte riguardarsi come non più la medesima, benchè abbia agito nella prima; così viceversa, dovrà spesso dichiararsi la medesima, quantunque non abbia sostenuta la prima domanda; cioè, siccome le persone possono essere giuridicamente diverse, non ostante la medesimezza fisica, così possono essere giuridicamente le medesime, non ostante la diversità fisica. In altri termini, io posso in una istanza essere rappresentato da chi allora agiva per me, e che legalmente forma con me una sola e medesima persona.

Quindi il pupillo e l'interdetto sono rappresentati dal suo tutore: la moglie del marito per lo esercizio delle azioni a costui confidate dalla legge; i comuni o i pubblici stabilimenti dai loro amministratori legali; le società commerciali dai loro gestori; l'erede che raccoglie una eredità prima giacente, dal curatore di quest'ultima; l'assente che riprende i suoi beni, dall'impresso in possesso; in somma tutti i mandanti da' loro mandatari o legali o convenzionali.

L'erede che continua legalmente la persona del defunto, e al par di lui quelli che non continuandone la persona sono pure successori generali, cioè i legatari a

donarli universali o a titolo universale, sono stati rappresentati dal loro autore in tutte le sentenze rese in pro o contro di lui; ma bisogna fare una distinzione. Se l'erede è puro e semplice, assoluta è la rappresentazione, e quindi l'identità giuridica esiste in tutti i casi; ma se è un erede beneficiario o altri successori generali che non continuano la persona del defunto, i quali sono tenuti delle obbligazioni di quest'ultimo in quanto ne possiedono i beni e sino alla loro concorrenza; esauriti o abbandonati i beni dal successore, se così vuole, la sentenza ottenuta contro il suo autore diventa per lui *res inter alios judicata*.

I successori particolari di una persona vivente per la cosa a cui succedono, sono aventi-causa dello alienante (come sarebbe un legatario particolare per la cosa legata); ma si conosce (art. 1328 (1282), n. III) che essi sono aventi-causa per quel che è stato fatto dall'autore pria del loro titolo di acquisto, dunque soltanto per le istanze antecedenti alla vendita, alla donazione, ec. il compratore o il donatario deve, per la cosa venduta o donata, riguardare come una medesima persona col venditore o col donante: ogni sentenza contro questi, per una domanda proposta dopo l'acquisto legalmente fatto e comprovato, sarebbe per quello *res inter alios judicata*. Diciamo dopo l'acquisto legalmente fatto e comprovato; dappoichè ben si comprende che lo acquisto a titolo oneroso avrà solo forza dal giorno in cui ha data certa (articolo 1328 (1282)), e la donazione dal giorno in cui è stata trascritta (art. 941 (865)). Sono questi punti non dubbj e ribaditi dalla giurisprudenza (1).

Nel caso rarissimo in cui si alieni tra vivi a titolo universale, non è nemmeno dubbio che da una parte, il compratore

non sarebbe tenuto *ultra vires bonorum* alle sentenze profferite contro l'autore (succedendo soltanto ai beni, non alla persona che è tuttavia vivente); e dall'altra, la rappresentazione avrebbe ugualmente effetto per le istanze precedenti allo acquisto. Ma si deve qui aver riguardo al tempo in cui si è profferita la sentenza o all'introduzione della istanza? e colui che comprenderebbe la mia casa nel corso di una lite da me sostenuta per essa, sarebbe legalmente rappresentato da me nella sentenza, profferita dopo la vendita, essendo stata introdotta prima la istanza? Toullier (X, 499) e Bonnier (n. 694) non si spiegano su ciò, quantunque par che si attendano al tempo della sentenza. Durantou invece (XIII) e più formalmente Valette (*Rivista di diritto francese*, 1844, p. 28) e Zachariae (V, p. 768) vogliono si consideri il tempo in cui si fa la domanda, e presentano la regola come evidentissima e che non ha bisogno di discentersi. Ma non è così; dappoichè una costante giurisprudenza, di cui essi non parlano, ammette la regola opposta, decidendo fin anco che il compratore non è più avente-causa, non solo quando l'acquisto posteriore alla domanda è anteriore alla sentenza, ma pure quando posteriore si alla domanda che alla sentenza, è anteriore alla decisione che ha confermato la sentenza dei primi giudici (2).

A chi la ragione: agli scrittori o alle decisioni? Ai primi secondo noi; dappoichè da un lato, una decisione che conferma, retroagisce al giorno della sentenza confermata, e la sentenza che accorda una domanda, retroagisce al giorno in cui quella si è fatta, a cui si riconosce che la parte perdente abbia dovuto aderire fin da principio.

D'altro lato, quegli a cui concedo un diritto, vero o preteso, lo prende qual'è nel giorno della concessione, fattosi l'ac-

(1) Rig., 11 marzo 1834 (Dev., 34, I, 315, e le decisioni citate nella nota).—Vedi pure Rig., 16 febr. 1830 (Dev., I, IX, parte I, p. 453, e la nota).—Nel medesimo ordine di idee deve dirsi che la cosa giudicata intorno alla validità di un sequestro fra il sequestrante e il sequestrato non lega il terzo sequestrato che non è stato parte nella sentenza profferita. Orléans, 27 genn. 1849; Cass.,

14 febr. 1854; Parigi, 27 gennaio 1855 (J. P., 1849, t. I, p. 183; 1854, t. II, p. 177; 1855, t. I, p. 299).—Vedi pure Cass., 23 agosto 1854 (J. P., 1855, t. I, p. 512).

(2) Rig., 8 maggio 1810; Pau, 24 dicembre 1824; Rig., 25 marzo 1828; Montpellier, 26 marzo 1828; Rig., 26 marzo 1838; Bordeaux, 19 agosto 1840 (Dev., 1840, 38, I, 759; 41, II, 7).

quisto dopo introdottasi la istanza, il compratore deve subire le conseguenze dello stato attuale delle cose: succedendomi e facendosi mio avente-causa, si è obbligato col quasi-contratto giudiziario antecedente al suo acquisto, siccome lo sarebbe stato con una formale convenzione (art. 1122 (1076)). Ci par dunque certo che qui la giurisprudenza va errata.

XII.—È incontrastabile ed incontrastato che i creditori semplici chirografari sono legalmente rappresentati dal loro debitore in tutte le istanze in cui questi figura, fossero anche esse posteriori ai titoli di credito. Coloro che accettano per debitore un tale senza chiedergli una particolare garanzia sui suoi beni, consentono di rivolgersi sul patrimonio tale quale si apparirà nel momento in cui agiscono; e salvo il caso di frode (che la legge eccettua e per cui si possono impugnare tanto le sentenze che le convenzioni) (art. 1167, n. V (1120)), essi d'avanzo ratificano tutto quel che farà il loro debitore. Questi dunque li rappresenta, e la cosa giudicata con lui lo è anche con essi... Sarebbe anche lo stesso pel creditore ipotecario? E questa una quistione, che dopo essere stata decisa quasi ad unanimità affermativamente sino agli ultimi tempi, è al presente assai dubbia. Nel mentre Carré, Favard, Desmazes, Berriat, Merlin soprattutto (*quist. V. Opposiz. di terzo*, § 1) e Proudhon (*Usuf.*, III, n. 1300-1307) e con lui una costante giurisprudenza (1), decidono che il creditore ipotecario è rappresentato dal suo debitore nella causa sostenuta dopo l'iscrizione dell'ipoteca per la proprietà dell'immobile ipotecato; Duranton (XIII-507), Bonnier (n. 695), Valette (*Rivista di dr. francese*. 1844, pag. 27) e Zachariae (V pag. 770) insegnano invece, che una tal sentenza è per il creditore ipotecario *res inter alios judicata* (2). Quest'ultima opinione è la sola esatta, e vogliamo sperare

che tosto o tardi, per un maturo esame, la giurisprudenza esca dalla falsa via in cui Merlin l'ha tratta; mentre le decisioni contrarie furono profferite in un tempo in cui la quistione non era seriamente esaminata; mentre Valette, il primo che ne abbia logicamente trattato (non discutendola nemmeno Bonnier) scriveva al 1844, e l'ultima decisione è al 1841; mentre finalmente tali varie decisioni non dando alcuna ragione, mutano solo nel motivo della sentenza il punto da giudicare, dicendo, *atteso che il creditore ipotecario è rappresentato dal suo debitore*.

Il diritto d'ipoteca non è uno smembramento della proprietà, e il debitore conserva sullo immobile gravato l'intera proprietà; pure bisogna capire con prudenza una tale proposizione, spesso esagerata, e vedremo che tale idea, che ha potuto far nascere l'errore di cui trattiamo, è indifferente alla soluzione della quistione. Il diritto d'ipoteca non è uno smembramento della proprietà dell'immobile, come a mo' di esempio, il dritto d'uso; ma come l'uso o altro smembramento, è un dritto reale che grava sull'immobile stesso. L'ipoteca differisce in ciò dall'uso che non assegna una porzione del *dominium*, ma gli somiglia in ciò che essa pure tocca il *dominium*, modificandolo in vantaggio del proprietario: il dritto d'ipoteca non fa, rigorosamente parlando, che la proprietà non sia più intiera, bensì non più *intatta*. Se per la concessione d'un dritto d'uso o d'usufrutto il vostro *dominium* soffre, per così dire l'amputazione d'un membro, non vedete come l'ipoteca, lasciandogli i suoi membri, gl'imprima un tal segno che annunzii il dritto d'un terzo, e gli stringa una catena che lo mette in potere del terzo? Non vedete che se la vostra proprietà, nel primo caso, deve esser trasmessa dimezzata, deve, nel secondo, esserlo col segno di soggezione impostogli e colla catena per

(1) Cassazione d'una decis. di Caen, 12 frutt. anno 9; Rig., sopra una decis. di Tolosa, 16 giugno 1811, Cass. d'una decis. di Douai, 21 ag. 1826; Rouen, 30 novembre 1827, e rig., 22 marzo 1831; Parigi, 2 febbrajo 1832; Rennes, 24 agosto 1839 e Rig., 26 maggio 1841 (Dev. e Carr., I. VIII, par-

te I, p. 417; 31, I. 350; 32, II, 301; 41, I. 719).

(2) Vedi anche Bourges. 16 novembre 1853 (J. P., 1854, t. I, p. 178); Tolosa, 7 marzo 1853 (J. P., 1855, t. I, p. 621); Orléans, 15 febr. 1854 (J. P., 1854, t. II, p. 203); Rig., 14 nov. 1853 (J. P., 1855, t. II, p. 290).

cui non può sfuggirmi? Se non ostante l'ipoteca, la vostra proprietà vi rimane intiera, non è più intatta, non più piena e libera, ma ristretta e singolarmente ristretta nel vostro dritto di disporre, nello *abusus* dal dritto concesso ad un terzo sull'immobile, dritto che racchiude il potere condizionale di farlo vendere, qualunque ne sia il detentore, in modo che la ipoteca offre un germe d'alienazione.

Ma poichè il creditore ipotecario ha direttamente sulla cosa un dritto proprio, dritto che in realtà lo fa partecipare in modo energico al dominio della cosa, come potrebbe dirsi con esattezza che ei debba restar straniero alle istanze che riguardano il dominio della cosa, e che il proprietario debitore sarà per esse il suo naturale rappresentante? Ciò è vero per il creditore puro e semplice il quale ha solo rapporto diretto colla persona del debitore, che ha lasciato intatti i suoi dritti sugli immobili, che non può mettersi in rapporto con questi se non col mezzo della persona, e fino a che tali immobili le appartengano; ma è falso per il creditore che ha stabilito uno stretto legame tra lui e la cosa, e che ha scemato una porzione dei dritti che il debitore avea sulla cosa, per sostituirvi un altro dritto suo proprio sopra di quella. L'ipoteca essendo un dritto reale che spetta al creditore, e diventa parte del suo patrimonio, come un dritto d'usufrutto, come altri che lui potrebbe disporre, o in qual siasi modo comprometterla?

Poichè diversa dalla garanzia generale, che è un dritto eventuale sul patrimonio, tal quale resterà definitivamente al debitore, la garanzia ipotecaria è un dritto che legasi immediatamente e irrevocabilmente allo immobile, assoluto e indipendente dalla volontà del debitore, pari a quello d'usufrutto o d'uso che mi sarebbe stato trasmesso; come mai il debitore può comprometter quello piuttosto che il dritto d'usufrutto? Si risponde, che il creditore, fosse pure ipotecario, è sempre un avente-causa: ma quegli a cui ho concesso l'usufrutto o l'uso, non è anche un mio avente-

causa? E non è pur tale colui al quale ho venduto o donato l'intero immobile? Tutti quelli a cui ho conferito un qualunque sia dritto reale, sono tutti i miei aventi-causa per il da me fatto pria della concessione, ma non già per il fatto dopo! E perchè il mio debitore che non può compromettere la mia ipoteca per *convenzione*, lo potrebbe litigando? Non sono io sempre suo avente-causa tanto se *contrae*, che se litiga? Cotesta ultima idea se non prova più delle altre (ugualmente decisive) fa più effetto, e ben si deve comprendere come, dacchè il debitore ipotecario (a guisa d'un venditore e diversamente di un debitore chirografario) non può compromettere col contratto il mio dritto, nol può nemmeno con una causa. Qual sarebbe la differenza tra i due casi?

La ragione che si è pensato assegnare è, che la sentenza dichiara i dritti preesistenti e la convenzione ne crea de' nuovi; e che giudicato non essere proprietario il debitore, vien meno la mia ipoteca insieme colla sua proprietà secondo il principio *soluta jure dantis*. Ma ciò fa davvero pietà. Perchè, da un lato, la sentenza non sarebbe puramente dichiarativa sì per lo acquirente dell'uso, dell'usufrutto o della proprietà, come per il creditore ipotecario? E se risolvendosi il dritto del costituente annullasi l'ipoteca, non s'annullano parimente le servitù, i dritti d'uso, d'usufrutto ed anco il pieno *dominium* trasmesso? E d'altra parte, non si cade in un circolo vizioso, applicando lo *effetto della sentenza* per dire che l'ipoteca del creditore non era validamente costituita, e che la quistione sta appunto nel conoscere se il giudicato riguardo al debitore lo sia riguardo al creditore?

Si applica contro il creditore, senza scorgere che si potrebbe fare similmente contro gli acquirenti, la massima *res judicata veritas est*, allorchè si vuol proprio conoscere se vi ha *res judicata*.

Come mai Merlin, Proudhon han potuto cadere in tale petizione di principio, e non vedere che qualunque compratore d'un dritto reale contando da quegli che ottiene una

semplice ipoteca sino a quello che acquista la proprietà sono necessariamente pari? Tutti senza distinzione alcuna sono aventi-causa del concedente, da cui tutti traggono il loro dritto, ma soltanto per i fatti antecedenti alla concessione, e si riguardano come terzi per quelli seguenti, cioè, che ricevono il dritto nello stato in cui è quando si concede. Il dritto di tutti è indipendente dalla volontà ulteriore del concedente, nè può essere menomamente alterato nè da convenzioni, nè da sentenza. Si noti in fatti come Proudhon (loc. cit.) applichi la sua dottrina non solo alle ipoteche, ma anche alle *servitù*, eccettuandone solo quelli che hanno acquistato la proprietà o la comproprietà; se non che altrove, dimenticando il suo sistema, insegna che la sentenza proferita con il proprietario è *res inter alio acta* per l'usufruttuario e l'usuuario (n. 1298 e tom. V, n. 2749). Come si conciliano tali idee? chi ha l'usufrutto e l'uso, essendo questo e quello una *servitù*, non sono comproprietari! I raziocinii contro il creditore ipotecario, si applicano contro a tutti gli acquirenti; e quanto si è detto delle sentenze, è da applicarsi alla convenzione; per negarsi al creditore ipotecario il dritto di dirsi estraneo alla sentenza ottenuta contro il suo debitore, dovrebbe dirsi, il venditore dell'immobile resta, non ostante la vendita, libero di disporre dei dritti che ha trasmesso al compratore! Ripetiamolo: quegli che ottiene un qualunque dritto reale sopra una cosa è l'avente-causa del trasferente, ma solo per quel che ha preceduto la concessione, e tutto ciò che si fa dopo, o in una convenzione o in una sentenza, è per lui *res inter alios acta o judicata*.

Merlin non trovando un argomento specioso per la teoria legale, ne cercò uno nella pratica delle cose, e ha detto nella requisitoria, a cui è dovuta la decisione dell'anno IX, e le altre successive, che sarebbe assurdo domandare che colui il quale agisce per rivendicare un immobile, chiami in causa i sei, otto o dieci creditori ipotecari del detentore, Bonnier, tuttociò

adotti, ma senza discutere, la nostra stessa soluzione, consente che questo bisogno sarebbe estremamente molesto, e così spiega come la giurisprudenza abbia adottato la dottrina da noi combattuta, e che egli chiami più utile che logica. Se fosse vera questa estrema molestia, non perciò si dovrebbe violare la legge, e nè anco volerla modificata. Perchè mai si dispenserebbe piuttosto colui che vuol ottenere sentenza contro gli otto o dieci creditori ipotecari, di quel che non si faccia contro gli otto o dieci a cui si è potuto trasmettere un ottavo, un decimo della proprietà divisa o indivisa di un immobile, o dare una *servitù* di uso, di passaggio, di veduta, ec.; e se potrebbe ad uno giovare una sentenza contro un solo, e che può opporre a dieci, a questi, che hanno in apparenza pur dritto ad esser protetti dalla legge, gioverà anche il poter difendere i loro dritti. Sembraci inoltre che il sistema della giurisprudenza sia contrario all'utilità pratica, come alle regole legali. In fatti potendo generalmente farsi senza pubblicità gli acquisti della proprietà o dei suoi smembramenti, mentre l'ipoteca (salva quella legale dei minori e delle donne maritate), va soggetta alla iscrizione; trattandosi di creditori ipotecari sarà più facile mettere in causa tutti gl'interessati per ottenere una sola sentenza da opporsi a tutti; e quando non si saranno tutti chiamati, ci è poco a temere ove la quistione della proprietà sia stata seriamente discussa, che gli interessati, sebbene lo possano fare, propongano una nuova causa per far spese inutili; e poi in fine il massimo inconveniente che possa presentarsi, essendo occulte le ipoteche, sarebbe di litigare più volte intorno alla medesima quistione. D'altra parte, al contrario, i creditori ipotecari avrebbero un pericolo grande, e maggiore di quello degli acquirenti di *servitù* o di porzione dell'immobile, ad essere rappresentati dal loro autore nella sentenza ottenuta contro di lui; poichè può ben avvenire che un creditore ruinato, insolvente, e che non ha alcuno interesse personale per difendersi,

nella lite lasci giudicare contro di lui anche con buona fede, ma perchè scoraggiato e indifferente, una quistione di proprietà nella quale avrebbe facilmente vinto se si fosse difeso. Come volere che una tal sentenza, forse contumaciale, abbia il suo effetto contro i creditori soli interessati, e inconsci pei quali fosse divenuta cosa giudicata? Qual cosa può scuotere di più il credito pubblico? Ma tal pericolo non han nemmeno gli acquirenti di una porzione dell'immobile, perchè il loro autore dovrebbe sempre difendere la sua propria porzione, ed anche meno gli acquirenti di semplice servitù, poichè questi lasciano al concedente quasi tutto il valore dell'immobile.

Quindi il sistema di Merlin, che nega ai creditori ipotecari un dritto che hanno pure gli acquirenti di porzione dell'immobile o di servitù, respinge, quando è molto più facile e di prima necessità, un dritto di intervento che egli accorda quando la sua applicazione riesce più difficile e meno utile. Adunque si può dire, rovesciando la frase di Bonnier, che tal dottrina non è più utile che logica, che invece è contraria tanto ai bisogni della società, che ai principi del dritto positivo.

XIII.—Vi sono talune classi di persone che per il loro rapporto con qualche altra sono legalmente rappresentate da essa nelle sentenze favorevoli e non già in quelle contrarie, cioè che in questo caso colui che ha litigato per il rapporto che ha verso la persona a cui deve opporsi la sentenza, era mandatario per rendere migliore, non peggiore, la condizione di essa.

Così gli acquirenti di un fondo possono allegare la sentenza proferita in vantaggio del loro autore, quantunque proferita contro di lui per una domanda posteriore alla alienazione, sia per essi *res inter alios judicata*. Per grazia di esempio, se siete rimasto succombente in una rivendica della casa, che questi mi aveva venduto, voi non potreste intentar di nuovo una similgiante azione contro di me, con dire che la sentenza ottenuta da Paolo non lo è stata da me; perchè quegli che al tempo della causa non avea

più in proprietà la cosa, non ha potuto litigare che per me qual gestore di negozi; ed io posso non rispettare la gestione per mancanza di poteri se riesce pregiudizievole e anche ratificarla se mi giova.

Così pure l'usufruttuario sarà rappresentato per il suo usufrutto dal nudo proprietario, e questi da quello per la nuda proprietà nelle sentenze ottenute da uno di essi contro altri intorno alla nuda proprietà del fondo, ma non già in quelle favorevoli ad altre persone. Ciò è stato spiegato sotto lo articolo 614 (539).

Similmente, colui che al presente è proprietario di un fondo sotto una condizione risolutiva, o perchè lo ha acquistato in tal modo, o perchè lo ha alienato sotto una condizione sospensiva (art. 1168 (1121), n. 4), risolvendosi la proprietà retroattivamente avvenuta la condizione, avrà debitamente rappresentato colui che è stato definitivamente il proprietario nelle sentenze favorevoli, ma non già in quelle contrarie.

Così pure, il semplice possessore o proprietario apparente rappresenterà il proprietario reale che lo evince, essendo egli l'amministratore con facoltà di fare tutto ciò che riguardava il mio padrone, e senza facoltà di distruggere o compromettere i dritti di lui.

Debbonsi egualmente pareggiare, non ostante il contrario avviso di Toullier (X-207), le sentenze proferite intorno alla proprietà di un immobile, ed anche intorno ad un dritto indivisibile di servitù contro di esso, per, o contro uno di quelli che ne sono comproprietari indivisi. Questi avrà rappresentato gli altri comproprietari contro le altre persone nelle sentenze favorevoli non in quelle contrarie, non ostante che sia l'oggetto indivisibile. Toullier, allegando una legge romana molto oscura, e facendosi scudo, ma a torto, del sommo Pothier, pretende che i comproprietari saranno rappresentati nelle sentenze tanto contrarie che favorevoli. Ma la sua dottrina, rigettata a buon dritto da Duranton (XIII-528), e Bonnier (n. 702)

non può certamente ammettersi, non potendosi, per la indivisibilità stessa dell'oggetto, giudicare della proprietà contro alcuni, che se ne pretendono padroni senza il loro concorso. Che monta esser la cosa indivisibile! Sarà questa forse una ragione o un pretesto perchè ni si tolga il nio dritto di comproprietà che non ha potuto difendere? Di più Pothier, avendo detto nel n. 59 della sua sezione intorno alla autorità della cosa giudicata, che la sentenza contraria, stante la indivisibilità dell'oggetto, è esecutoria per la natura stessa delle cose entro tutti i comproprietari, ha aggiunto nel seguente numero (ma ciò non fu notato da Toullier), che coloro i quali non vi hanno figurato *possono fare opposizione di terzo senza potere allegare la collusione*. Or chi è stato rappresentato in un giudizio, non può fare opposizione di terzo, se non che provando la frode di chi lo ha rappresentato, per cui verrebbe meno la qualità; ma colui che può fare opposizione di terzo senza allegar la frode, è terzo e la sentenza è *res inter alios judicata*. Secondo Pothier adunque, se la indivisibilità dell'oggetto fa necessariamente eseguir la sentenza contro quelli medesimi che non vi hanno figurato, non toglie che questi sieno sempre terzi, ed abbiano il dritto assoluto di far nuovamente giudicare la questione colla opposizione di terzo e non già con una azione principale. Ciò è stato pur giudicato da una decisione di rigetto dei 19 dicembre 1832 (1), che fu da Bonnier a torto censurata, come se abbia dichiarato *atentica causa gli uni degli altri i comproprietari di un oggetto indivisibile*.

Toullier cade quindi in grossi errori nel n. 207 e nel precedente, dicendo che qualunque obbligazione indivisibile, è per ciò stesso in solido (Ved. articolo 1225 (1178), n. II).

Da quest'ultima falsa idea egli è tratto a dire che il condebitore di un debito indivisibile viene rappresentato dal suo condebitore, tanto nelle sentenze contrarie che nelle favorevoli, perchè la solidarietà li fa mandarli gli uni degli altri. Ma siccome non son solidali e *longe aliud est*, come diceva Dumoulin, *plures teneri in solidum, et aliud obligationem esse indivisibilem*, non potrebbe ammettersi la conseguenza di Toullier, quand'anche fosse vero il principio.

Ma il principio è egli vero? Devesi ammettere, come fa Toullier (X, 202), che siccome la sentenza ottenuta contro il creditore da uno dei debitori in solido giova sempre ai condebitori (essendo la difesa comune a tutti), così la sentenza in vantaggio del creditore contro uno dei debitori (essendo similmente comune la difesa) sarà sempre *res judicata* contro gli altri debitori? Noi erediamo di no. Vedemmo sotto gli art. 1205 e 1207 (1158 e 1160) che i condebitori in solido riguardano dalla legge come mandarli gli uni degli altri, unicamente *ad conservandam obligationem*. Quindi il creditore o con l'azione contro un solo (art. 1206 (1159)) o per il riconoscimento del debitore (articolo 1249 (1202)) non fa prescrivere rispetto a tutti il suo dritto; ma non può nè contraendo nè litigando con uno, rafforzare o migliorare il suo dritto rispetto agli altri. Quindi sembra a noi, del pari che a Duranton (XIII, 520) e Zachariae (V, p. 774, nota 42), contro la opinione di Toullier (X, 502), e di Bonnier (numero 701), che il debitore contro cui non si agisce, può rimettere in campo la questione che è stata soltanto giudicata in faccia al suo condebitore, non solo allegando mezzi di difeso a lui personali, ma anche quelli comuni a tutti (2).

Il più degli scrittori ed anche delle de-

(1) Sopra la decisione conforme di Colmar (Dev. e Car., 37, 1, 473).

(2) Ugg., 15 gennaio 1839 (Dev., 39, 1, 97). — Bonnier insegna che la giurisprudenza riserva al condebitore, contro cui non si agisce, i suoi mezzi personali, e lo sottopone alla decisione proferita

Maucadé, *col. III, p. I.*

senza di lui sopra un mezzo comune, citando in sostegno una decisione di rigetto dei 20 nov. 1836 (Dev., 37, 1, 362). — Altra inesattezza. Ha una parte quella decisione non giudica, nè poteva, la questione per mezzi comuni, trattandosi di un condebitore che allegava un mezzo suo proprio, e che

cisioni (1), ritengono che il fideiussore è rappresentato dal debitore principale nelle sentenze proferite contro costui sopra mezzi che potevano entrambi proporre, e che debba riguardarsi come terzo, quando egli può proporre mezzi suoi propri. Cotal dottrina, che ci sembra consentanea ai principj di Toullier, di Bonnier e di tutti quelli i quali ammettono che un debitore in solido è rappresentato dal suo condebitore nelle sentenze proferite contro costui sopra un mezzo comune, ci sembra contraddittoria alle dottrine annunciate dalla Corte suprema nella decisione sopracennata dei 15 gennaio 1839; poichè i condebitori in solido sono più rigorosamente legati verso il creditore che i semplici fideiussori, e che riguardansi come semplici fideiussori solo nei rapporti fra loro e non già col creditore (art. 1216 (1469)). Se un creditore non può giovarsi contro un debitore in solido della sentenza ottenuta contro un condebitore, con più ragione non deve opporre ad un semplice fideiussore la sentenza ottenuta contro il debitore principale. Di più Zachariae, insegnando, come noi, che il debitore in solido non vien rappresentato nelle sentenze contrarie dal condebitore, insegna pure, al par di noi, (V. p. 773, nota 40), che il fideiussore non lo è dal debitore. Duranton ammette anche il primo punto, ma è difficile conoscere quel che pensi del secondo, perchè ci dice che la sentenza contraria « sarebbe riputata fatta col fideiussore, dappoichè il debitore lo rappresenta; » aggiunge poi « ma il fideiussore potrebbe fare una opposizione di terzo (XIII, 517, § 3); » cioè il fideiussore sarebbe ben rappresentato.

Checchè ne sia, il fideiussore non sarebbe qui rappresentato dal debitore.

La fideiussione è un accessorio del debito senza od oltre il quale non esisterebbe, quindi diminuendosi il debito, estinguendosi (per causa non personale al

creditore ma riguardante il debito), la fideiussione diminuisce o estinguesi, e allora tutto ciò che è giudicato, per tal causa, in vantaggio del debitore, lo è stato in vantaggio del fideiussore; ma come reciprocamente il giudicato contro il debitore lo sarà contro il fideiussore? L'obbligazione del fideiussore, se dipende dalla principale, non perciò si identifica con essa; essendone molto diversa, il fideiussore e il debitore sono ognuno obbligati per se; le cause di nullità, di estinzione o diminuzione dei debiti principali sono pur cause riguardo al fideiussore, quindi se questi allega tali cause, non agisce in nome del debitore, ma per se: se il dritto da lui esercitato appartiene al debitore, appartiene anche in proprio a lui. In tal caso ci non presentasi come avente-causa del debitore, e in conseguenza la quistione giudicata con questi non lo è stata con lui.

Diremo adunque, non ostante le sentenze che sono erronee in tal punto come sulla importante quistione dei creditori ipotecari, che i fideiussori, come i debitori solidari, come le altre classi di persone qui sopra indicate, sono ben rappresentati dai loro principali debitori o condebitori, nelle decisioni favorevoli ottenute da questi, ma non in quelle contrarie.

XIV.—Nell'art. 137 (143), n. IV, confutando il sistema adottato dalla giurisprudenza e da molti scrittori, e specialmente da Demolombe, vedemmo, che l'erede apparente non è affatto il mandatario del reale; da ciò inferiamo che quest'ultimo non sarebbe rappresentato nelle sentenze proferite contro l'erede apparente, e riguardanti i beni ereditari. L'erede apparente, a cui in nessun luogo la legge ha dato una posizione eccezionale, è nè più nè meno pari a tutti gli altri proprietari potativi, di cui si è parlato nel par. 5, del precedente numero.

Nell'art. 800 (717) si è visto come la

quindi doveva essere ammesso ad un'altra causa tanto nel sistema di Bonnier, che nel nostro. Quanto ai mezzi comuni a tutti i debitori, la quistione si è presentata in una decisione di Parigi del 20 marzo 1809, e in quella di rigetto del 1839; giu-

dicata contro il debitore nella prima, in pro di lui nell'altra.

(1) Cass., 27 nov. 1811; Lione, 12 aprile 1831; Rig., 11 dicembre 1834; Parigi, 11 luglio 1836; Rig., 12 febr. 1840 (Dev., 35, 1, 376; 40, 1, 529).

sentenza che ha dichiarato uno erede puro e semplice, e che è passata in forza di cosa giudicata, mentre si poteva impugnare, può essere invocata contro lui da tutti gli interessati, non perchè allora vi sia cosa giudicata in favore di quei che non han figurato nella causa, ma perchè il silenzio dello erede, che poteva reclamar contro, equivale ad accettazione pura e semplice. di modo che non vi è eccezione al principio del nostro articolo. Allora non è allegata la sentenza contro l'erede, ma la sua adesione a quella, riguardata come accettazione.

A terminare la materia dell'identità giuridica delle persone, aggiungeremo una osservazione relativa alla opposizione dei terzi.

L'opposizione di terzo è l'opposizione contro una sentenza che potrebbe recar pregiudizio ad una terza persona, e mira a renderla vana per essa, perchè la sentenza è *res inter alios acta* (art. 474 (538) Cod. di proced.).

Quando quei, contro il quale vi è stata una sentenza, aveva in sulle prime una qualità per rappresentare quello che vuole impedirne la esecuzione, p. e. un ereditore chirografario che vuole impedire l'effetto della sentenza contro il suo debitore, egli non può riuscirvi che provando di esservi stata frode, collusione fra gli avversari e il suo rappresentante, che così ha cessato di rappresentarlo, perchè non si rappresenta una persona, ma si diventa piuttosto suo avversario, colludendosi con quelli che hanno interessi opposti. Quando il terzo opponente non era affatto rappresentato dalla parte che ha perduto, quando non è il suo avente-causa e può dirsi terzo, non è più necessaria la frode, e la opposizione di terzo può ammettersi senza condizione. Quindi la opposizione di terzo, o si fonda sulla mancanza di qualità, di chi ha perduto, a rappresentar l'opponente, ovvero sulla collusione che gli ha fatto perdere la qualità che aveva, è sempre una conseguenza ed una applicazione del principio stanziata dal 3° del nostro art. 1351 (1305), che non vi è cosa giudicata quando non

vi è identità giuridica delle parti, e *res inter alios judicata aliis neque nocere, neque prodesse potest*.

Non pertanto, perchè vi è un rapporto naturale fra il principio da noi sviluppato e la opposizione di terzo, rapporto il quale spiega perchè le molte decisioni citate nei numeri precedenti siano tutte sotto la rubrica di *Opposizione di terzo*, non deve credersi che questo principio, come spesso si erede e sembra esser insegnato da Proudhon (*Usufr.*, III, n.° 1286), sia subordinato all'esercizio della opposizione di terzo, che sarebbe quindi una via indispensabile per provare che non si è stato parte nella sentenza che s'invoca contro di noi. Errorc. La opposizione di terzo non mira a provare che si è terzo rispetto ad una sentenza, ma ad arrestare l'esecuzione di una sentenza. Onde riuscire nella opposizione di terzo, si dee provare di esser terzo, ma non è questo l'oggetto dell'azione, bensì la causa, il fondamento; e anzichè la giustificazione della mia qualità di terzo e il non potermi quindi opporre la sentenza essere subordinata alla opposizione di terzo, è questa invece subordinata a quella. Se dunque l'opposizione di terzo dipende necessariamente dal principio *res inter alios judicata aliis nocere non potest*, come l'effetto dalla sua causa, questo principio invece è indipendente dall'opposizione di terzo.

Ma lo scopo cui mira la opposizione di terzo, non si può conseguire senza di essa? Non posso forse, dicendo soltanto di esser terzo rispetto alla sentenza, far che non se ne tenga conto rispetto a me, e che tutte le cose avvengano come se la sentenza non esistesse? La terza opposizione è forse nella legge superflua?... In principio basterà che il terzo dicesse, che per la sua qualità non vi è sentenza rispetto a lui, eotal che potrà, invece di ricorrere alla opposizione di terzo che sarà facoltativa, agire come se nulla si fosse giudicato. Ma in questo caso partienlare la legge non doveva più accelerare la conseguenza del sistema radicale, e soprattutto per tal caso ha prescritto l'opposizione di terzo, che diventa allora una

necessità per il terzo, se non vuole soffrir pregiudizio da quella sentenza.

Questo è il caso in cui la sentenza, verso la quale voi pretendete esser terzo, non può essere esecutoria rispetto a quello, contro cui si è ottenuta, senza che lo fosse rispetto a voi, per modo che essa potrebbe solo essere vana per voi se assolutamente lo fosse. Per grazia di esempio, si è giudicato fra Pietro e Paolo, i poteri dei quali costeggiano un corso d'acqua, che il primo ha dritto di stabilire un argine in un dato punto. Se questo argine nuoce tanto a voi che a Paolo, è chiaro che la sentenza non può rimanere ineseguita per voi, se si esegue per Pietro; cotalechè dovendosi per la natura stessa delle cose o eseguirsi assolutamente, o rimanere assolutamente inefficace, voi non potete impedire la esecuzione (non fatta contro di voi, ma che vi nuoce), o far cessare la esecuzione già consumata, con la opposizione di terzo. Vi è un atto dell'autorità, legalmente esecutoria, che ordina di fare un'opera; se volete impedirla o farla distruggere dovete far ritirar l'ordine di cui vi dolete, e perciò la legge vi dà opposizione di terzo: finchè vi ha un atto

della autorità deve osservarsi; colui che se ne duole, deve farlo ritirare.

Così, quando la sentenza in favore di Pietro contro Paolo, tuttolchè possa nuocervi, può anche essere efficace contro di Paolo, non essendolo contro di voi, potrete, senza bisogno dell'opposizione di terzo, non rispettarla facendola solo eseguire contro di Paolo, finchè non avrà ottenuta sentenza contro di voi; ma quando la sentenza non potrebbe restare inefficace contro di voi, senza che assolutamente lo fosse, quando volete impellire il solo effetto che l'atto possa ricevere, e perchè non vi nocca, esso dovrebbe annullarsi, voi dovrete impugnarlo con la opposizione di terzo.

Cotesta distinzione, che sembra imposta dalla combinazione del principio *res inter alios...* col bisogno di osservare qualunque atto della autorità, e che ci mostra la opposizione di terzo, ora come puramente facoltativa ed ora come obbligatoria (distinzione che altronde sembra adottata da parecchi interpreti del Codice di procedura), è tale da ravvicinare le due estreme opinioni, e le diverse decisioni profferite intorno a tal quistione (1).

4. Influenza del giudizio penale sul civile.

XV.—Il nostro art. 1351 (1305) tratta delle decisioni civili, non riferendosi punto alle sentenze criminali. Ma una quistione può presentarsi innanzi un tribunale civile, posciachè sia stata giudicata da un tribunale criminale, o viceversa: noi cui non incombe di indagare la influenza del civile sul criminale, dobbiamo esaminare se e fin dove le decisioni criminali debbano influire sulla sentenza civile.

Qui pure gli scrittori porgono una dottrina poco soddisfacente; e contando da Merlin e Toullier, che discutevano sono più di trenta anni la quistione, sino a Bonnier e Poujol che han riassunto il lavoro

di quelli, nessuno, eccettone Dalloz e Zachariae, ha trattato logicamente la quistione e saputo risolverla. Qui siccome sulla materia della *identità dell'oggetto*, le decisioni sono state necessariamente animate, mancando la teoria, da un sentimento istintivo del vero, che non si svolge ma si soffoca dalla scienza che non è esatta. La dottrina, anzichè additar la via alla giurisprudenza, non ha saputo cavare dalle numerose decisioni, giuste in sostanza, ma non nei loro motivi, il sistema logico che in germe vi si conteneva.

Merlin, che il primo si pose sulla falsa via in cui tutti lo hanno seguito, costretto

(1) Bolland (53^a e 54^a lezione); Thomine Desmazures (I, 325). — Opposizione di terzo facoltativa. Cass., 2 gennaio anno 10; Cass., 11 maggio 1840: — Opposizione di terzo obbligatoria: Colmar, 24

marzo 1830; Colmar, 4 luglio 1831; Rig., 19 dicembre 1832; Rig., 24 aprile 1844 (Devill., 33, 1, 473 e II, 76; 410, 1, 79; 43, 1, 33).

ad allegare, per giungere alle vere conclusioni, i principi più falsi, sostiene (Questioni alla par. *Falso*, § 6) che se p. e. io domando a Pietro, innanzi un tribunale civile, il ristoro del delitto per cui egli è stato condannato da un tribunale criminale, vi è cosa giudicata quanto alla esistenza del delitto e alla imputazione di Pietro, per modo che costui non può pretendere si riproponga la questione per provare non esser egli l'autore del delitto.

Ciò è vero; come vedremo, ma Merlin, ingannandosi, come tutti gli altri dopo lui, tranne Zachariae e Dalloz, spiega lungamente ma alle volte oscuramente, come l'autorità della cosa giudicata derivi dall'esservi insieme: 1° identità di causa, poichè la base delle due azioni è il commesso delitto; 2° identità di oggetto, perchè « non ostante la differenza dei loro oggetti diretti, le due cause si reputano avere per legge il medesimo *oggetto fondamentale* »; 3° infine identità di parti, perchè il pubblico ministero, che rappresenta la intera società, ha rappresentato me, come tutti gli altri cittadini, nella causa contro di Pietro.

Toullier (X, nn. 240-259) ha facilmente confutato il sistema di Merlin, dimostrando non esservi nè identità di parti; poichè il pubblico ministero che non può domandare il ristoro pecuniario del danno cagionato, non può rappresentare l'individuo offeso, che unicamente può richiedere quel ristoro; nè esservi specialmente identità di oggetto, poichè l'oggetto non è nè può essere nel penale, che l'applicazione di

una pena, mentre nel civile non può essere che il pagamento di danni-interessi.

Quindi inferisce che la decisione penale non può avere alcuna influenza sull'azione civile.

Bonnier (nn. 720-723) oppone la dottrina di Merlin, a cui pare accostarsi, a quella di Toullier esposta con molta inesattezza da lui (1), e conchiude (n. 623) che il pubblico ministero è il rappresentante di tutti i pubblici e *privati* interessi. Supponendo ciò vero e che vi sia identità di parti, mentre non è certamente, non può esservi identità di oggetto, e quindi questo sistema è inammissibile. Ponjol invece segue il sistema di Toullier, e insegna (n. 38) che mancando le condizioni richieste dallo art. 1351 (1305), non si può applicare al civile la cosa giudicata nel penale. Sarebbe difficile dire propriamente quale è la teoria di Duranton; senza rimontare ai principi generali egli solo presenta (XIII, 486-497) una serie di specie particolari ed una raccolta di decisioni, come altrettanti testi di legge. Pure sembra che ci segua il sistema di Merlin, e come lui ammetta vi sia identità di parti fra le due azioni, perchè il pubblico ministero, per l'azione criminale, è il rappresentante di tutti e di ognuno (nn. 493-496).

In tal modo gli scrittori dividonsi fra i due sistemi; secondo l'uno, la sentenza penale è efficace innanzi i tribunali civili, perchè nelle due liti, penale e civile, è vivi l'identità di causa, di oggetto e di parti, come vuole l'art. 1351 (1305); secondo

(1) Bonnier, in fatti, ricadendo nella strana confusione, da noi notata nel n. VIII, della causa di una domanda col suo oggetto; e così male interpretando Toullier, fa dire a questi (n. 720) che tra le due azioni, civile e criminale, vi sia l'essenziale differenza di *causa*, dappoichè la *causa* della prima è la riparazione di un danno, e *quella* della seconda l'applicazione d'una pena. Or se è falso che la riparazione di danno e l'applicazione della pena siano le *cause* delle due azioni, poichè al contrario sono i loro *oggetti*, è falso ugualmente che Toullier abbia ciò detto. Egli al n. 247 spiega chiaramente, come le due azioni possono esser fondate *sulla stessa causa*, cioè il delitto addebitato ad una persona; ma che non potrebbero avere *lo stesso oggetto*; perchè l'*oggetto* dell'una è l'appli-

cazione d'una pena, e *quello* dell'altra una somma di denaro a riparare il danno. Una tale idea sulla diversità dell'*oggetto* è espressa dodici volte e molte in italico nel n. 247 di Toullier!..

Come mai ha potuto dirsi che l'applicazione della pena è la *causa* dell'azione del pubblico ministero, il *fondamento* di tale azione? Se così fosse lo effetto si produrrebbe *avanti la sua causa* e l'azione si appoggerebbe su di un *fondamento che non esiste*. È evidente, poichè bisogna che l'azione sia intentata e seguita dalla sentenza pria che la applicazione della pena possa giungere. Il dire che l'applicazione della pena è il *fondamento* dell'azione, è lo stesso che il dire il *fondamento* di un edificio nella volta. Il medesimo è in tutti i casi in cui Bonnier scambia l'*oggetto* per la *causa*.

l'altro, se vi è identità di causa, non vi è di oggetto, nè di parti, ed in conseguenza lo stesso art. 1351 (1305) toglie il valore alla sentenza criminale innanzi il magistrato civile.

Or cotesti due sistemi sono ugualmente falsi.

Gli è dapprima certo, checchè si abbia potuto dire, che nè la identità di parti, nè massime quella di oggetto qui si ritrovano, come sì fulgidamente è stato dimostrato da Toullier, che non avrebbe dovuto più sostenersi il contrario. Come, di buona fede, per attenerci alla identità di oggetto, si può pretendere, che il pagamento di una somma per danni-interessi e la carcerazione di un uomo, siano tutt'uno; che domandare da Pietro un pagamento di 20 mila fr. ovvero che gli si tronchi il capo sia domandare *la medesima cosa* e volere il *medesimo oggetto*? Come mai può dirsi con Merlin, che essendovi identità di causa, evvi perciò stesso identità dell'*oggetto fondamentale*? Che cosa è mai l'*oggetto fondamentale* nell'azione e che è lo stesso per le due domande? Senza dubbio l'oggetto, val dire ciò che forma il fondamento delle due domande, cioè il reato che ad alcuno si imputi. Ma questo reato che serve di base alle due domande, questa cosa che è fondamentale nelle due domande è nè più, nè meno la *causa* di esse, per modo che la vostra frase storta (che è di quelle per cui si è detto essere la logica l'arte d'imbrogliare le idee col ragionamento), significa che essendovi identità di causa, vi è identità di causa. Se non deve prendersi l'oggetto per la causa, come fa Bonnier, non deve nemmeno prendersi la causa per l'oggetto, aggiungendosi anche *fondamentale* per ingannare. Ciò che è fondamentale in una domanda è la sua causa; e l'oggetto è ciò che si vuol ottenere su quel fondamento. Ripetiamolo; la morte, i lavori forzati, o qualunque altra pena che richiede il pubblico ministero, e i biglietti di 4,000 fr. da me dimandati, non sono la medesima cosa, nè lo saranno mai per tutti i possibili sofismi; e se fra le due domande vi fosse identità di causa e di parti non

potrà esservi mai identità di oggetto. Adunque è un madornale errore di Merlin, Mangin, Leseylier, Duranton, Bonnier, ec. il volere riunite le condizioni dell'articolo 1351 (1305).

Ma il sistema di Toullier nemmeno è esatto. Come ammettere, che colui che ha fatto giudicare col mandatario della società di non essere mai avvenuto il fatto, di cui era accusato, possa per quel preteso fatto esser condannato da un tribunale civile? A ciò si oppongono tutti i principi della giustizia e dell'equità. Come ammettere, al contrario, che colui che è stato solennemente condannato, come colpevole di un reato, posciachè fu difeso con tutta la libertà e tutte le garanzie accordate dalla legge, possa poi innanzi un tribunale civile sostenere e provare legalmente di non essere stato commesso il fatto o non poterglisi imputare? Sarebbe questo uno scandalo giuridico, che ripugna tanto alla volontà del legislatore che alla ragione. Parecchi testi impongono, nè poteva essere altrimenti, che si osservassero in tutta la società e nelle discussioni civili le decisioni penali. Così specialmente, secondo l'art. 463 del Codice di istruzione criminale, dichiarati falsi, in tutto o in parte, atti autentici, da un magistrato penale, il tribunale dovrà ordinarne la radiazione o la riforma; la qual cosa non potrebbe avvenire se la decisione criminale non giudicasse la quistione in ordine agl'interessi civili. Ma infine, si è detto, fra le due decisioni non vi è nè identità di parti, nè identità di oggetto, e quindi mancano le condizioni volute dall'art. 1381 (1335). Verissimo; ma (doveasi così rispondere da Merlin e dai suoi seguaci, anzichè contrastare la evidenza) l'art. 1351 (1305) non è applicabile al caso. Esso, come abbiain detto al principio di questo numero (XV), è una regola dettata per le quistioni di puro dritto civile, non per quelle che sorgono dal ravvicinamento del dritto civile e del penale; la quale regola, prevedendo il caso di due decisioni civili, non bada affatto al rapporto di due azioni, l'una civile e l'altra penale.

Pertanto, accostandoci alla opinione di Dalloz (t. 2, pag. 624-625) e di Zachariae (V, pag. 793), ci sembra che Merlin, non che Toullier ebbero il torto di spiegare i rapporti del dritto penale col dritto civile con una disposizione che non li riguarda, e che il sistema del primo, vero nella conseguenza, è falso nel suo principio, e il sistema dell'altro, vero nel suo principio, è falso nella conseguenza.

XVI.—Ma se per la influenza di una sentenza penale sul civile non più si debbono richiedere le tre condizioni dell'articolo 1351 (1305), onde riconoscere l'autorità della cosa giudicata, è necessario sempre, che ciò che si pretende legalmente provato dalla sentenza, sia quello appunto deciso da essa, e che poteva esser deciso dal magistrato penale.

E dapprima, bisogna che la quistione poteva decidersi dal magistrato penale. Questi deve decidere se esista il fatto che ad alcuno si imputa, se l'imputato ne sia autore, e se il fatto sia imputabile penalmente (1). Per l'opposito, i tribunali penali, tranne che l'offeso non siasi costituito parte civile (nel qual caso essi giudicano dell'azione pubblica e di quella civile), non debbono decidere se il fatto costituisce o no un delitto di dritto civile o un quasi-delitto, onde partorire le conseguenze sotto il rapporto civile. Se dunque una decisione criminale giudicava, non essendovi parte civile, essere irreprensibile il fatto, di cui è autore l'imputato, per cui non può darglisi alcuna pena, nè condannarsi a danni interessi, essa sarebbe inefficace per quest'ultimo punto, e l'offeso potrebbe sempre riproporre innanzi un tribunale civile la quistione, se esista un delitto di dritto civile, o un quasi-delitto, che dia luogo a danni-interessi.

Inoltre è necessario, che il punto alle-

(1) Giungendo alla materia dei delitti e quasi-delitti, vedremo (art. 1382 (1336)) come il delitto per dritto criminale non sia sempre quello di dritto civile, nè reciprocamente; e che Duranton (XIII-697 e 698) confondendoli cade in errore.

(2) Vedi la famosa decisione del 17 marzo 1813 nello affare Tourangin contro Charret.

(3) Caen, 13 dic. 1846; Rig., 5 maggio 1818; Limoges, 20 febr. 1846; Grenoble, 17 nov. 1846

gato innanzi il tribunale civile, come giudicato dal penale, sia proprio quello deciso. Così giudicatosi non esistere il fatto imputato a Pietro, colui che si dice offeso, sebbene non sia stato parte civile nel giudizio penale, non può essere ammesso a provare nel civile l'esistenza del supposto fatto. Similmente, se il tribunale penale, riconosciuto che il fatto ha esistito, abbia giudicato non esserne Pietro l'autore, l'offeso non potrà sfidar Pietro nel civile per ragion di quel fatto (2). Del pari, se il tribunale criminale, riconosciuto esistere il fatto ed esserne Pietro l'autore, abbia dichiarato di non essere a lui imputabile, non si potrà provare nel civile che egli ne sia colpevole. Viceversa, dichiarato colpevole Pietro di un reato, ove poi si domandi nel civile una conseguenza civile di quel reato, a mo' di esempio, una revoca di donazione per ingratitude, e gli non potrà più riproporre la quistione della colpeabilità (3). In questi vari casi la quistione, che si vorrebbe riproporre innanzi il tribunale civile, è quella decisa dal criminale; e sebbene la seconda azione non ha il fine stesso della prima, sebbene non vi sia nè identità di oggetto, nè identità di parti, vi ha pure cosa giudicata. Il tribunale civile non può dichiarare inesistente il reato riconosciuto dal criminale, nè stimare estraneo ad un fatto o innocente, colui che da quello è stato dichiarato reo, nè viceversa.

Qualunque decisione penale, profferita colla società stessa, ha per la sua generalità la autorità di cosa giudicata senza le condizioni dell'art. 1351 (1305). Ma se invece ciò che si vuol discutere nel civile, non è identicamente il punto o uno di quelli decisi dal tribunale penale, resta integra la quistione, e può agitarsi (4). Così, la sentenza penale, che non decidendo se il fatto

(Dev., 46, 2, 106 e 547). Vedi pure su tal punto una dissertazione del presidente Lagrange inserita nella *Rivista critica della legislazione*, tom. VIII, p. 31.

(4) Vedi Bastia, 15 maggio 1833; Orléans, 16 maggio 1851; Cass., 12 genn. 1852, 3 ott. 1853, 7 e 29 marzo 1853 (J. P., 1851, t. I, p. 561; 1852, t. II, p. 161; 1853, t. I, p. 324 e 466; t. II, pagina 443).

di non vi è contraddizione tra la sentenza che nega la imprudenza che costituisce un delitto (penale) di omicidio involontario, e quella che afferma l'imprudenza aver costituito il semplice quasi-delitto dello art. 1383 (1337). Dunque a ragione la

Corte di appello di Orléans, riconobbe potersi dare una condanna civile per ristoro del danno cagionato, perchè « in tal caso la decisione civile non è affatto inconciliabile con quella penale (1) ».

1352 (1306). — La presunzione legale dispensa da qualunque prova colui a favore del quale essa esiste.

Non è ammessa veruna prova contra la presunzione della legge, quando sul fondamento di tal presunzione essa annulla-

taluni atti, o nega l'azione in giudizio, purchè la legge non abbia riservato la prova in contrario, e salvo ciò che si dirà sul giuramento e sulla confessione giudiziale.

SOMMARIO

I. Colui che allega una presunzione legale è dispensato di provare altrimenti ciò che allega; ma è obbligato di provare che esiste la presunzione. Grave errore di Toullier e di antichi scrittori.

II. Le presunzioni assolute sono quelle, sul fondamento delle quali la legge pronunzia la nullità di un atto o accorda un'eccezione perentoria contro l'azione. — Tutte le altre sono presunzioni semplici.

III. La presunzione assoluta ammette la prova contraria in alcuni casi indicati dalla legge; può ella bensì, ove non riguardi l'interesse pubblico, svanire col giuramento o la confessione di colui, in pro del quale ella esiste.

IV. La presunzione legale semplice può esser combattuta da qualunque prova contraria, e quindi dalle presunzioni di fatto. Errore di Toullier.

I.—Il primo paragrafo di questo articolo contiene un'idea così semplice, che non merita sviluppo; ma gli scrittori antichi, e dopo loro Toullier, professano su questo punto una dottrina così falsa ed inesatta, che ci costringe a farvi sopra qualche osservazione.

Le presunzioni legali (fra le quali trovansi in primo luogo la regola *res judicata veritas*, la presunzione di verità attaccata alle sentenze, o l'autorità di cosa giudicata che si è applicata nel precedente articolo) dispensano colui, in vantaggio del quale esse esistono, di provare in altro modo l'idea dalla legge così stabilita. Dichiarando la legge medesima, per effetto della sua presunzione, vera l'idea, questa non ha d'uopo d'essere giustificata; essendo la presunzione legale un mezzo di prova, non fa di bisogno aggiungervene altra.

Tanto, benchè Toullier e i dottori da luiolti a guida non abbiano ciò compreso, voi non potete del pari esimervi, ma siete invece tenuto a provare l'esistenza

in vostro vantaggio della allegata presunzione. La presunzione, dice l'articolo, dispensa da qualunque siasi prova colui in vantaggio del quale esiste; dunque provato che esista per voi, non ci vuole altra prova. Così il possessore che può bene allegare la prescrizione non ha d'uopo provare altrimenti, che egli è proprietario; la prescrizione fa presumere, che colui che domanda oggi non ha mai avuto diritto, o vi ha rinunciato, ed in conseguenza la legge dichiara che la cosa appartiene al possessore. Ma se colui che domanda, anzichè riconoscere nega la prescrizione, allegando che manchino le circostanze volute dalla legge, bisogna innanzi tutto discutere tal quistione; nè certamente (dovendo ogni pretensione esser giustificata da chi la mette in campo) spetta a chi nega la presunzione, la prova che non esista, ma a colui che vuole sovra di essa riaffermare il suo diritto.

Alla semplicità di tali idee, Toullier (X-57-59) e alcuni antichi dottori han sostituito una falsa e strana dottrina, pretendendo che il provare di non esistere una presunzione importi far prova contro di essa, e per conseguenza siffatta prova, permessa per le semplici presunzioni *juris*, è proibita per le presunzioni *juris et de jure*, in cui la pruova contraria non è ammessa; e creato questo immaginario principio, decidono non pertanto essere ammissibile la prova per eccezione, e perchè è sempre permessa la difesa.

Che imbroglío di idee, e quanto è penoso veder sorgere a regole della scienza proposizioni sì opposte al buon senso! Come mai la pruova che una presunzione non esista, importi provare contro di essa? Una presunzione che non esiste, non si può combattere...E una prova contro di essa, essendo proibita in principio, come mai sarebbe permessa per eccezione? Ove è scritta una tale eccezione? Si dice risultare dall'essere sempre permessa la difesa! Ma non è permesso difendersi se non quando si possono usare mezzi autorizzati dalla legge. Se la difesa fosse sempre permessa, anche facendo eccezione ai principi della legge, io potrei anche, stabilita la presunzione *juris et de jure*, combattere le conseguenze; potrei pure al di sotto di 150 fr. e senza principio di pruova per iscritto, ricorrere alla pruova testimoniale; il dritto di difesa farebbe eccezione a tutti i principi che proibiscono questo o quel genere di pruova, i quali potrebbero solo applicarsi al chiedente...A prescindere da tal confusione di cui non si potrebbe venire a capo, la dottrina degli scrittori e di Toullier partorirebbe pure nella pratica la illegale conseguenza di dovere il convenuto far la prova di non esistere la presunzione, mentre ciò tocca all'attore (della pretesione che fondasi su quella presunzione).

Lasciate le idee di Toullier, Alciato, Menochio, Bartolo ed altri, e tornati alla ragione, stringiamoci alla regola del nostro articolo: può esimersi dal far pruova colui solo in vantaggio di cui la presunzione

esiste, rimanendo sotto il governo del dritto comune il conoscere se la presunzione esista o no.

II.—Il secondo paragrafo dell'articolo stanza le idee che si sono volute esprimere coi nomi mezzo barbari di presunzioni *juris tantum*, e presunzioni *juris et de jure* usate da tutti, e perciò anche da noi; perchè si distinguono tra le presunzioni generali legali, quelle che si possono distruggere provando che in un caso speciale la presunzione mena al falso, e quelle che non si possono combattere, e il cui effetto è invincibile.

Quali sono quest'ultime presunzioni che costituiscono quelle che si dicono *juris et de jure* ossia presunzioni assolute contrapposte alle semplici o *juris tantum*? Sono, secondo il testo, quelle sul fondamento di cui la legge annulla alcuni atti o nega l'azione in giudizio. Così dove la legge dichiara un atto nullo, perchè secondo la sua indole lo suppone fatto in frode delle sue disposizioni, non si può provare che in un caso speciale la supposizione sia falsa. Per grazia di esempio, siccome gli articoli 911, 1099, 1100 (827, 1053, 1054) dichiarano nulla, qualunque donazione, che si fa manifestamente al coniuge o ad un congiunto di una persona incapace di ricevere, presumendosi fatta a questa, così non sarà mai permessa la pruova che in un caso speciale la donazione fosse realmente fatta al donatario manifesto e non già al suo coniuge o al parente incapace di ricevere. Similmente, dichiarandosi dallo art. 918 (834) che qualunque vendita fatta ad uno dei successibili in linea retta senza che vi concorrano gli altri, con riserva di usufrutto o a fondo perduto è nulla come donazione in vantaggio dei successibili che non vi hanno consentito, perchè si presume essere una donazione, non sarà mai permessa la pruova che l'atto sia realmente una vendita. Di certo tali presunzioni della legge possono alle volte fallire; ma il legislatore per colpire con maggior sicurezza la frode quando era più a temersi, ha preferito una assoluta nullità ad un sistema che apparente-

mente più giusto, avrebbe potuto far trionfare la frode con mezzi di prova destramente procurati.

Così pure, e in ultimo luogo non può provarsi la inesattezza della presunzione, quando la legge in conseguenza di essa nega l'azione in giudizio, cioè permette che l'avversario opponga all'azione l'inaffidabilità fondata sulla presunzione. Così la domanda intorno a cui si è già deciso e che sarebbe un'altra volta proposta, potendo essere rigettata con la eccezione della cosa giudicata, la presunzione di verità della cosa giudicata è una presunzione *juris et de jure* che non si può provare esser falsa in questo o in quel caso; del pari, poichè la prescrizione fa che colui che ha prescritto possa opporsi all'avversario con le parole: *Ho prescritto*, senza che si discuta del suo diritto di proprietà o della liberazione del debito, la presunzione stanziata in questo caso dalla legge è pure assoluta, è presunzione *juris et de jure*.

III.—Due eccezioni si fanno dal nostro articolo al principio, che nessuna prova può ammettersi contro una presunzione quando sul fondamento di essa si dichiara nullo un atto, o si nega l'azione in giudizio; elle sono: 1. il caso di una riserva espressamente conceduta dalla legge della prova contraria; 2. il caso del giuramento e della confessione giudiziale.

E sulle prime, la prova contro di una presunzione che è assoluta nei casi ordinari, può permettersi per eccezione in un caso speciale, e sotto una speciale condizione. Così la presunzione di paternità del marito per cui in generale non si può discutere in giudizio intorno alla filiazione dei figli nati dalla moglie di lui, può esser contrastata nelle speciali circostanze indicate dagli articoli 312 e 315 (234 e 235). Ugualmente la facoltà accordata dal 2° paragrafo dello art. 2279 (2185) di rivendicare il mobile posseduto da un terzo di buona fede, ove sia stato perduto ovvero involato, e di far la prova di esserne proprietario, si può riguardare come una prova ammessa per eccezione, contro la presun-

zione generale, sul fondamento di cui il primo paragrafo di esso articolo dichiara il possessore dell'oggetto mobile proprietario per il semplice possesso, e rende quindi inammissibile qualunque azione del precedente proprietario. Se in alcuni casi è riservata la prova contraria contro una presunzione che faccia negare l'azione in giudizio, non uno ne esiste in cui la si possa fare contro una presunzione che dichiara nullo un atto.

Ma la seconda eccezione non è così semplice, e in fatti è stata diversamente interpretata. Parecchi giureconsulti opinano, che per tale eccezione il giuramento e la confessione giudiziale fossero nella mente dei compilatori presunzioni legali, contro le quali sarebbe ammessa la prova quando pure non fosse formalmente riservata dalla legge. Così l'articolo importerebbe sotto questo aspetto: le presunzioni per cui la legge annulla un atto, o fa che si neghi l'azione in giudizio, non ammettono prova contraria, tranne il giuramento e la confessione giudiziale, contro cui può farsi la prova contraria. Altri si avvisano, che il giuramento e la confessione non si tengano come presunzioni legali, e che per l'eccezione l'uno e l'altra non possono essere combattuti dalla prova contraria, ma possono l'uno o l'altra combattere le presunzioni legali.

Cotesta opinione è abbracciata da Demante (II, 841), Bonnier (n. 668) e Zachariae (V, p. 593) e ci sembra la sola vera. Non potrebbe in vero far meraviglia che i compilatori prendano qui il giuramento e la confessione come presunzioni legali (sebbene tali non siano) poichè han così fatto nell'art. 1350-4 (1304); la seconda inesattezza sarebbe natural conseguenza della prima. Ma è impossibile che questa sia stata la loro idea, la quale se difficilmente si spiega per la confessione, è poi assolutamente impossibile per il giuramento che è posto prima. Il giuramento non ammette mai la prova contraria (articolo 1363 (1317)): nè si trova quanto al giuramento ciò che il nostro articolo annunzia *doversi dire* più in là come ecce-

zione alla nostra regola? La impossibilità di far la pruova contraria, anzichè contraddetta nel paragrafo del giuramento decisorio (art. 1358, 1365 (1312, 1319)), vi sarebbe invece confermata.

Nell'altro sistema, riguardandosi il giuramento e la confessione giudiziale non come presunzioni assolute, ma come mezzi di combattere per eccezione le presunzioni assolute, le parole *salto ciò che si dirà* accennano semplicemente all'articolo 1358 (1312) per il giuramento, e allo art. 1356 (1310) per la confessione. Combinando insieme i tre articoli 1332, 1356, e 1358 (1308, 1310 e 1312) esce il seguente costrutto: le presunzioni *juris et de jure* non ammettono la pruova contraria se non quando è specialmente riservata dalla legge, ma pure posson esser annullate dalla confessione o dal giuramento (art. 1352 (1306)). Difatti la confessione fa piena fede senza distinzione nè restringimento di sorta contro la parte che l'ha fatto, tanto se fosse protetta da una presunzione *juris et de jure* che in qualunque altro caso (art. 1356, § 2 (1310)). Il giuramento decisorio è utilmente deferito in qualunque controversia, in qualunque circostanza e non ostante che esista una presunzione *juris et de jure* (articolo 1358 (1312)). Perchè non si lasciano qui in tutta la loro forza il giuramento e la confessione che non sono semplici prove ordinarie, e dirette contro l'avversario, ma mezzi che fan dipendere dalla coscienza e dal libero arbitrio di quest'ultimo lo scioglimento di una difficoltà; per modo che una presunzione *juris et de jure* potrà di vero in questo caso inefficace perchè è stata annullata non da colui a cui si oppone, ma da quello medesimo pel solo vantaggio di cui era stabilita e che volentieri l'ha riconosciuto esatta?

Diciamo: « Da cui per il solo vantaggio di cui era stabilita » perchè di leggieri si comprende, che la legge abbandona la presunzione stabilita nel vostro privato interesse quando da voi medesimo è stata dichiarata falsa; ma non si comprenderebbe che essa facesse egual-

mente rimanere inefficace quella stabilita in un fine di interesse generale, e di ordine pubblico, come in primo luogo la presunzione di verità della cosa giudicata. Dunque con la distinzione fra la presunzione che riguarda l'interesse generale, e quella che riguarda l'interesse privato, si dovrà decidere, se il giuramento e la confessione possano o no far venir meno la presunzione *juris et de jure*.

IV.—Le presunzioni *juris tantum*, quelle cioè per cui non si dichiarano nulli gli atti, nè si nega perentoriamente l'azione in giudizio, possono sempre esser combattute da una pruova contraria; e con tutti i mezzi, tanto dalle semplici presunzioni di fatto, che da qualunque altra pruova, non essendo dalla legge ristretti i mezzi che in tal caso si possano ammettere.

Pure Toullier pretende (X, 63) che se la semplice presunzione di fatto può essere sempre impugnata nell'animo del magistrato da un'altra presunzione di fatto, perchè egli, potendo rigettarla, può preferirne una altra, non è così della presunzione legale, perchè il magistrato è obbligato rispettarla; e cita in sostegno d'Aguessseau, Voet e la considerazione di una decisione di cassazione del 5 gennaio 1810. Ma vi è qui grandissima inesattezza tanto per le autorità allegate che per l'argomento su cui egli si fonda.

E primieramente, la decisione del 1810 dice soltanto, che la presunzione di dritto non può esser distrutta da presunzioni non autorizzate dalla legge e puramente arbitrarie, e accusa la impugnata decisione di « aver opposto alla presunzione legale congetture leggieri, di nessun momento e smentite tutte dalle circostanze della causa ». Secondo l'articolo 1353 (1307) si possono ammettere le presunzioni non legali purchè siano gravi, precise e concordanti; quindi le congetture leggieri, di nessun momento e smentite dai fatti non sono presunzioni autorizzate dalla legge, per cui son da rigettarsi non solo se si vuol combattere una presunzione legale, ma anche in qualunque siasi circostanza.

Il passo di Voet non è meno inconclu-

dente; egli insegna, non già che il giudice non può attingere nelle presunzioni di fatto la prova della incertezza speciale di una presunzione *juris* quando è permessa la prova contraria; ma che il giudice che può volendo rigettare le presunzioni di fatto, essendo liberissimo in ogni quistione di fatto, non ha un potere assoluto nella presunzione *juris*, perchè costituisce una regola di dritto. « Siccome la presunzione *juris*, egli dice, viene dal dritto stesso, e il giudice è libero nelle quistioni di fatto, ma non nei comandamenti del dritto, così *tal presunzione è indipendente dallo arbitrio del giudice; » juris praesumptio... cum ex ipso jure descendit, in potestate vero judicis, facti quidem quaestio sit, non juris auctoritas, CONSEQUENS EST EAM AD ARBITRIO JUDICIS NON PENDERE.*

Nella sua spiegazione, allorchè nota i caratteri della presunzione legale, dice, che si tiene per vera finchè non è distrutta *probatione aut praesunzione contraria fortiori*, ma non dice che la presunzione contraria è più forte, debba esser pure una presunzione *juris*, ma solo che la presunzione *juris* è indipendente dalla valutazione del magistrato. *Consequens est eam ad arbitrio judicis non pendere.* Da ciò si vede cadere insieme e la pretesa autorità di Voet, e l'argomento, in sostegno di cui è allegata. — In fine il passo di d'Aguesseau è citato anche più a sproposito se si può. Il celebre magistrato nella sua ventesimaterza aringa dice che « la presunzione che può impugnare quella della legge, deve essere scritta nella legge e fondata sopra un principio infallibile ». Ma questa presunzione della legge, non è, come fa credere Toullier, ogni presunzione legale, ma una presunzione *juris et de jure* mentre qui parliamo delle semplici presunzioni *juris*; anzi d'Aguesseau non parla di qualunque presunzione *juris et de jure*, ma unicamente e specialmente di quella di paternità del marito riguardo ai figli nati dalla moglie. Egli, dopo di avere innalzato sulla forza della presunzione della paternità ed aggiunto che delle

volte si può ammettere una prova contraria dice: « ma qual prova è permesso potersi opporre?... » Segue la risposta riprodotta da Toullier (che le toglie il suo vero senso, poichè rende universale una idea rigorosamente speciale), e poi d'Aguesseau continua: « due eccezioni vi hanno alla regola generale, fondate sull'impossibilità fisica e certa. Quindi le due prove che si possano opporre alla presunzione sono: la lunga assenza del marito, la impotenza... » Come mai si è potuto allegare un tal passo da Toullier? Come non ha egli scorto che ciò che è verissimo per la presunzione assoluta di paternità del marito, sarebbe falsissimo, applicato ad ogni presunzione assoluta, ed anche più alle presunzioni semplici? Come non ha egli compreso che le linee da lui citate troncando le parole di d'Aguesseau e alterandone il pensiero, bastano per se sole a dimostrare, che l'idea è vera in un caso speciale, e sarebbe falsa come regola generale? In quelle linee si dice che la presunzione potrà solo venir meno in faccia a qualche cosa di *infallibile*! Questa sola parola avrebbe dovuto avvertire Toullier che andava errato; perchè se la presunzione di paternità non può venir meno che con una prova *infallibile*, con la prova della *impossibilità* della coabitazione, non è sempre così, nè potrebbe rendersi generale l'idea che la prova sia infallibile.

La citazione come è fatta da Toullier, provando troppa, nulla provava, perchè importerebbe che la presunzione legale *juris tantum* non può esser combattuta nè da presunzione di fatto, nè da altre presunzioni legali, e neppure dalla maggior parte delle prove positive dirette; ma solo da quelle prove (certamente rarissime) che danno un risultato *infallibilmente* certo.

In breve Toullier qui ha confuso due quistioni che dovevansi accuratamente distinguere: 1. Può il giudice rigettare una presunzione *juris* senza che alcuna prova sia contro essa diretta, non trovandola concludente, e sembrandogli contraria alle

regole della ragione o ai precetti della esperienza? Qui si risponde *no*, perchè il giudice sostituirebbe la sua ragione a quella della legge, e la presunzione *juris* essendo una regola di dritto, e non un punto di fatto, *ab arbitrio judicis non pendet*. 2. Può il giudice ammettere presunzioni di fatto come mezzi di prova contra una presunzione *juris*, come elementi che debbano convincerlo che la presunzione *juris*, legalmente vera in generale, sia inesatta in

un caso speciale? Bisogna dire *di sì*, poichè la presunzione *juris* ammette la prova contraria senza che se ne distingua il genere, e le presunzioni di fatto sono una delle specie di prova ammesse dal Codice.—Ciò che qui diciamo della presunzione *juris*, si applica pure a quella *juris et de jure* nei casi eccezionali in cui la legge ammette non il tal genere speciale di prova, ma qualunque sorta di prova contraria.

§ 2.—Delle presunzioni che non sono stabilite dalla legge.

1353 (1307).—Le presunzioni che non sono stabilite dalla legge, son rimesse alla dottrina ed alla prudenza del magistrato il quale non dee ammettere se non presunzioni gravi, precise e concordanti, e

solamente ne' casi ne' quali la legge ammette la prova testimoniale; purchè però l'atto non sia impugnato per causa di frode o di dolo.

SOMMARIO

I. Massima importanza di quest'articolo che innalza a prova legale la semplice probabilità.—Le tre qualità che si richiedono per le presunzioni, si racchiudono nella prima, e basta una sola presunzione, se è abbastanza grave. Errore di Toullier. L'estimazione della gravità è affidata al giudice del fatto. Ma non è così

del divieto di ammettersi le presunzioni, allorquando è inammissibile la prova testimoniale.

II. Cattiva redazione dell'ultima parte dell'articolo, che farebbe credere che la prova testimoniale non è sempre ammessa in caso di frode.

1.—Importantissima è cotesta disposizione, e acciocchè non si perda mai di mira, bisogna profondamente imprimersi nell'animo. Essa innalza a prove legali, per tutti i casi in cui è ammessa la prova testimoniale, le semplici congetture del magistrato, le semplici probabilità che può egli cavare dalle deposizioni dei testimoni o dalle varie circostanze della causa. Il dire che deve provare la domanda quegli che la propone, sia attore o convenuto, non deesi intendere rigorosamente ove può ammettersi la prova testimoniale, poichè si potrà o per mezzo di testimoni, o argomentando da tal fatto o da tal circostanza, render soltanto probabile nell'animo del giudice la verità di ciò che si allega.

Così, gli è vero che voi dovete sempre provare la vostra domanda, ma nel lin-

guaggio della legge, la prova è spesso una semplice verosimiglianza, una pura probabilità.

Il giudice, dice l'articolo, deve ammettere soltanto le proposizioni gravi, precise e concordanti; ma per la stessa natura delle cose tal proposizione di cui le tre qualifiche si riassumono al postutto nella prima, e che è una raccomandazione di fatto, anzichè un precetto di dritto, non è nè può essere così severa come sembra da principio.

E primieramente, non sembra dubbio, non ostante che Toullier (X, 20, 22) si affatichi molto a provare il contrario, non doversi richiedere una *concordanza* di presunzioni. Se varie sono le presunzioni, gioverà che concordino fra loro; ma se fosse una sola, come spesso può avvenire, sarebbe impossibile la concordanza. E po-

tendo avvenire che una sola presunzione sia molto più grave di altre molte riunite e concordanti fra loro, sarebbe contraddittorio che il giudice potesse deliberarsi per le molte presunzioni che riunite e concordanti diano un certo grado di gravità, e non lo potesse poi per una presunzione, isolata sì, ma di maggior gravità. Era ben naturale il richiedere il concorso di parecchie presunzioni quando si volevano per la prova testimoniale più testimoni; ma oggi che la regola *testis unus testis nullus est*, grazia a Dio è rigettata dalle nostre leggi, oggi che i testimoni debbono valutarsi e non contarsi, non potrebbe esser altrimenti per le presunzioni, e quindi la parola concordanti debbe ritenersi come gettata a caso. Toullier sempre erra stranamente, dicendo (n. 20) esser questa una idea nuova introdotta dal nostro legislatore come un progetto voluto dalla prudenza, perchè essa presentata un tempo da Danty (sopra Boiceau, cap. 7, § 62), e dallo stesso Pothier (n. 816) è invece una delle vecchie massime cui il tempo ha fatto necessariamente cadere insieme con la regola *testis unus* da cui derivava.

Le presunzioni debbono essere gravi e precise, val dire, o coesistano in un medesimo affare o si riguardino isolate, *concludenti* e non così vaghe e leggieri da non poterne cavare alcuna ragionevole probabilità! La presunzione, ovvero la riunione delle presunzioni deve essere così grave, così forte da ingenerare la probabilità; la legge non può avere altro senso; siccome non si possono stabilire i gradi della gravità nè in una regola generale, nè in ciascuno degli oggetti a cui la regola si dovrebbe applicare, la è questa una quistione di fatto, una stima di circostanze che dee fare il magistrato, per cui non si potrebbe violare una legge e quindi ricorrersi alla Corte suprema. Le decisioni formali della Corte suprema, non che la dottrina

degli scrittori riconoscono cotesta verità, sebbene una parte dei motivi della decisione di cassazione dei 10 gennaio 1810, riferita sotto il precedente articolo, sembra contrastarla (1).

Non è così della regola che vieta di ammettere le presunzioni dell'uomo quando non è ammessa la prova testimoniale. È questa una regola di dritto, non un punto di fatto, e la Corte suprema dirittamente cassava una decisione di Montpellier da cui era stata contrastata (2).

II.—Le presunzioni dell'uomo non sono ammissibili, secondo il nostro articolo, che quando è ammessa la prova testimoniale, *tranne che* l'atto non sia impugnato per frode o dolo. La quale espressione, se fosse esatta, varrebbe che il caso di frode renda le presunzioni ammissibili, quand'anche non lo sia la prova testimoniale, il che supporrebbe che questa non sia sempre ammessa in caso di frode. Ciò sarebbe un errore, e bisogna dire che la fine dell'articolo è mal redatta.

Poichè la frode può sempre provarsi, conforme il nostro articolo, con semplici presunzioni di fatto, ella può anche, e con più ragione, provarsi con testimoni, perchè se essa può provarsi con la semplice probabilità, *a fortiori* deve esserlo con una prova positiva e propriamente detta. Ma a prescindere da tale argomento, non è seriamente controvertibile tal punto sebbene sia stato messo in dubbio, poichè la frode è uno dei casi in cui non si può avere una prova scritta, e quindi dev'essere ammessa la prova testimoniale secondo l'art. 1348 (1302). Da ultimo, se dubbi potessero rimanere su tal verità, e sulla inesattezza del nostro articolo, i lavori preparatori li toglierebbero del tutto; essendo stato chiaramente spiegato dagli oratori del Governo e del Tribunato, che la frode può sempre provarsi con testimoni. « Si deve avvertire, dicevano i primi, che il divieto della prova testimoniale

(1) Duranton (XIII-532); Bonnier (n. 644), Zachariae (V. p. 753); Rig., 27 aprile 1830; Rig., 1 febbraio 1832; Rig., 20 dic. 1832 (Dev., 30, I, 186;

32, I, 139; 33, I, 344).

(2) Montpellier, 31 maggio 1814; Cass., 1 maggio 1815.

non estendesi nè ai casi di frode, nè... » L'altro diceva: « La frode e il dolo non si presumono mai, ma chi li allega dev'essere ammesso a provarli con testimoni. Dappoichè, se la frode non si presume, coloro che la commettono usano tutti

i mezzi affin di nasconderla. È richiesto dunque dalla pubblica morale *che in questa materia si ammetta la prova testimoniale* » Fenet, tom. XIII, pag. 303 e 403).

SEZIONE IV.

DELLA CONFESSIONE DELLA PARTE.

1354 (1308). — La confessione che si oppone contra una parte, è stragiudiziale o giudiziale.

1355 (1309). — È inutile l'allegare una confessione stragiudiziale semplicemente verbale, ogni qual volta si tratti di una domanda di cui la prova testimoniale non sarebbe ammessa.

1356 (1310). — La confessione giudi-

ziale è la dichiarazione che fa in giudizio la parte o il suo special procuratore.

Essa fa piena prova contro colui che l'ha fatta.

Non può scindersi in di lui pregiudizio.

Non può rinvocarsi, quando non si provi che essa fu la conseguenza di un errore di fatto.

Non può ritrattarsi sotto pretesto di un errore di dritto.*

SOMMARIO

I. La confessione e il giuramento sono anche prove efficacissime, e non già semplici presunzioni. Dottrina di Zachariae. Censura dell'art. 1350 (1304).

II. Definizione della confessione. Ella è giudiziale. Condizioni, effetti e ritrattazione della confessione giudiziale.

III. Di quella stragiudiziale.

I.—Se come prove si possono avere le deposizioni di terze persone intorno a ciò su cui due parti contendono, con più ragione debbono ritenersi come prove le dichiarazioni fatte da una delle parti medesime in vantaggio dell'altra, purchè siano sincere.

Zachariae censura il Codice per aver posto fra le prove la confessione, e pretende esser contrario alla buona logica (V, p. 588) il riguardare come prova la confessione di una parte, poichè questa dispensa da ogni prova e vieta che il giu-

dice ne richieda alcuna. Ma che importa questo argomento? Quando ho fatto sentire le deposizioni dei testimoni, dalle quali vien provato chiaramente ciò che io allego, non sono quindi dispensato di fare altra prova? Quando io presento una scrittura che abbia tutte le condizioni volute, e che pienamente comprovi la mia domanda, può forse il giudice richiedere altra prova? Si dirà per ciò, che la prova testimoniale e le scritture non sieno prove? Io non debbo provare in altro modo la mia domanda, quando è giustificata dalla

* Massime della C. S. di Napoli:

— Può rinvocarsi la confessione giudiziale quando sia la conseguenza di un falso supposto, ma non mai dall'erede o dal donatario, il quale deve stare al fatto del defunto. 13 aprile 1820.

— La confessione giudiziale non toglie all'avversario il dritto di provare contra una parte di essa, quando non tutti i fatti confessati sieno am-

messi. 9 giugno 1849.

— La confessione si può scindere quando i fatti enunciali nella medesima non sono connessi, nè coevi di origine, e sono pur d'indole diversa. 1 agosto 1850.

— Il magistrato non può, senza esaminare la prova fatta dagli attori, giudicare secondo la confessione del convenuto. 13 luglio 1852.

confessione del mio avversario, appunto perchè provata dalla confessione, ed eziandio perchè questa è la maggiore delle prove, fa piena fede secondo la legge (articolo 1356 (1310)), e il giudice quindi non può altro domandare. Provare non importa forse giustificare ciò che si domanda? La confessione del mio avversario giustifica la verità della domanda, dunque è una pruova: dippiù i nostri antichi scrittori, anzichè escludere la confessione dal numero delle prove, la dicevano invece la pruova più forte, *probatio probantissima*.

Diciamo il medesimo delle presunzioni legali, di cui la classificazione fatta dal Codice non piace nemmeno a Zachariae (p. 581); poichè esse sono mezzi onde colui che le allega prova legalmente il suo assunto, e sono perciò prove legali.

Così non bisogna allontanarsi dalle denominazioni adottate dai compilatori, non che dallo stesso Pothier. Son così molti i vizi di redazione che s'incontrano nel Codice, che non bisogna renderlo in colpa di siffatti. Fra i quali vizi notammo già quello dell'art. 1350-4° (1304), che fra le presunzioni legali pone la confessione e il giuramento, mentre esse non son prove per semplici presunzioni, ma prove propriamente dette, più forti anzi delle altre. Si dirà forse che la confessione è una *presunzione* perchè la pruova risulta dal *presumere* la legge che quella sia conforme al vero? Ma da un lato, la confessione non sarebbe la presunzione, ma soltanto la base, come il matrimonio dell'uomo con la donna che si è sgravata è il fondamento della presunzione della paternità di quello: la confessione non sarebbe una presunzione nell'un caso, come il matrimonio non lo è nell'altro. Dall'altro lato, se la confessione divenisse una presunzione perchè si presume conforme al vero, la pruova testimoniale, che è probante appunto perchè si presume del pari conforme al vero, sarebbe pure una presunzione; e le scritture che provano del pari, perchè si presumono aver riferito il vero, sarebbero pure presunzioni!... In questo sistema tutto sarebbe presunzione, e non si parlerebbe

più di pruova. Di certo, nelle materie giuridiche, non si giungerà mai alla certezza assoluta, alla dimostrazione rigorosa come nelle scienze fisiche, e più nelle matematiche. Bisogna prender le cose quali sono, e contentarsi della natura di pruova di cui sono capaci: si chiamano *prove* le induzioni che menano ad una convinzione e partoriscono una certezza morale; *presunzioni* quelle che producono una semplice probabilità.

Stante la contraddizione in cui sono i due art. 1316 e 1350-4° (1270 e 1304) ci attenghiamo alla idea del primo, riprodotta dagli articoli sopra citati, i quali fan due speciali sezioni della confessione e del giuramento, invece di trattarne nelle suddivisioni della sezione *delle Presunzioni*. La confessione e il giuramento son prove, e son poste alla fine della materia, perchè meno frequenti.

II. — In generale dicesi confessione il riconoscere vero ciò che si allega contro di noi; ma, come vedremo, la parola ha nella legge un senso *lato*, mentre qui ne ha uno più determinato e ristretto.

E sulle prime, vi è confessione nel senso della legge quando si riconosce un fatto, non già quando s'interpeta un punto di dritto, perchè dichiarando che una regola legale debba intendersi in un modo, non se ne potrebbe mutare il senso e l'intendimento. La dichiarazione pruova che il litigante la intendeva in quel modo; ma non dovendosi la regola applicare secondo lo avviso di lui, la sua dichiarazione non potrebbe diventare una pruova, nè impedire che si discutesse una quistione di dritto. Ciò fu riconosciuto dalla Corte Suprema agli 8 ag. 1808.

La dichiarazione deve dunque versare sopra un fatto. Ma oltre a ciò, perchè sia una confessione e quindi una pruova irrefragabile, deve esser fatta maturamente, con cognizione di causa, e con lo intendimento di esimere la parte avversa da qualunque altra pruova. Non sarebbero confessione legale, riconoscenza che renda certo e costante il fatto, quelle proposizioni che si son potute dire con maggiore

o minore leggerezza, le quali, se posson diventare argomenti più o meno forti a comprovare la verità del fatto, ovvero anche di se sole dar luogo alle presunzioni dell'uomo, e ingenerare la probabilità di cui parliamo sotto l'art. 1353 (1307), non possono essere una pruova rigorosa nè costituire la confessione. Spetta al giudice del fatto il valutare le circostanze nelle quali è stata fatta la pretesa confessione legale. Questi punti sono del pari stanziati dalla Corte suprema (1).

La confessione adunque deve definirsi: la dichiarazione con cui una persona positivamente riconosce un fatto da doversi avere come avverato rispetto a lei.

La confessione è giudiziaria e stragiudiziaria (art. 1354 (1308)). Il Codice spiega soltanto gli effetti della prima; vedremo se e fino a qual punto i principi di essa sieno applicabili all'altra.

La confessione giudiziale è, secondo lo art. 1356 (1310), quella che fa in giudizio la parte o il suo procuratore speciale. Deve farsi o alla stessa udienza o in uno interrogatorio sopra fatti ed articoli (Codice di procedura, art. 1324 (1278) e seguenti), o almeno essere scritta in un atto regolare di procedura. Ma deve anche farsi durante la istanza nella quale la parte contraria se ne vuol giovare?

Merlin (*Quist.*, alla parola *Confessione*) e Zachariae (V, p. 596) insegnano di sì. Ma il primo non vi fa sopra alcuna considerazione, e cita soltanto alcune autorità che sembrano inconcludenti; Zachariae, senza allegare alcuna autorità, pone come un principio per se stesso evidente il punto che Merlin ritenne come questione.

A noi sembra, al contrario, che un fatto che è tenuto per vero da Pietro in una causa contro di Paolo, non si dovrà mai provare da quest'ultimo in qualunque altra causa contra il primo, perchè il medesimo fatto non può esser vero nell'una e falso nell'altra. La opinione di Voet, che

è la principale autorità allegata da Merlin, seconda e non avversa la nostra dottrina, perchè egli nota solo come una concessione che gli avversari di essa dottrina sarebbero sempre costretti di fare, che almeno la confessione fosse anche una grave presunzione nella seconda istanza; avvisandosi che la confessione fa pruova tanto nella seconda che nella prima istanza: *in uno iudicio civili facta ETIAM PROBAT IN ALIO inter easdem personas*. Due decisioni, una del Gran Consiglio di Molines ricordata da Merlin, l'altra dalla Corte di cassazione citata da Zachariae (2), sembra che del pari ammettono implicitamente la regola, perchè negano effetto alla confessione, la prima, perchè essa era tale, che la prima sentenza non vi si riferiva affatto, l'altra, perchè la confessione non aveva alcuna relazione al litigio intorno a cui si doveva sentenziare.

Checchè ne sia, la confessione rende peggiore la condizione di chi la fa, e può fargli perdere la causa, onde può validamente farsi da chi è capace di disporre di ciò che forma l'oggetto della lite. — Non sarebbe dunque efficace la confessione di un minore, di un interdetto, o della donna maritata non debitamente autorizzata dal marito o dal magistrato a stare in giudizio; autorizzata, è capace; e quindi può fare confessioni senza una autorizzazione speciale non richiesta dalla legge (3). Per l'opposito, il semplice procuratore, secondo la formale disposizione dell'articolo 1356 (1310), può fare efficaci confessioni in forza di un mandato speciale; quello di litigare non contiene quello di confessare: così parimente il procuratore speciale *ad lites*, il patrocinatore: se non che, siccome la sua qualità di ufficiale pubblico istituito *ad hoc* fa presumere non aver fatto la confessione senza il debito mandato, questa vien meno ove il cliente provi, con la disapprovazione, non avergli conferito il mandato (Codice di proc., art. 352 (444) e seguenti). Il

(1) Rig., 3 giugno 1829; Rig., 23 febbraio 1836 (Dev. e Car., 36, 1, 603).

(2) Rig., per una decisione conforme di Greno-

ble, 4 agosto 1840 (Dev., 40, 1, 903).

(3) Rig. per una decisione della Corte di Agen, 22 aprile 1828.

patrocinatore solo rappresenta la parte in giudizio; quindi la confessione dell'avvocato sarebbe senza alcun valore, ma se il patrocinatore che assiste l'avvocato, non ritratta la di costui confessione, tacendo la sua, e allora con la sola disapprovazione si può distruggerne l'effetto (1).

Avendo discorso delle condizioni della confessione giudiziaria, trattiamo dei suoi effetti e della sua ritrattazione.

Essa, secondo l'art. 1356 (1310), fa piena fede contro chi l'ha fatto o da sè stesso o per mezzo di un procuratore con le condizioni da noi indicate. Ma potendo la confessione esser semplice o composta, è questione se l'ultima può scindersi da chi si allega.

La confessione è semplice se si riconosce il fatto allegato senza modificazioni nè aggiunzioni; è composta se si riconosce il fatto allegato accompagnandovi altri fatti che lo modificano o ne alterano o annullano le conseguenze. In quest'ultimo caso chi vuol giovarsi della confessione, può egli scindere la dichiarazione prendendone il fatto principale e non tenendo ragione degli altri? Berruyer, Henrys, Voet, Merlin ed altri scrittori hanno a lungo trattato la questione che oggi si risolve con una semplice distinzione.

La confessione è indivisibile, e necessariamente deve prendersi tutta insieme quando il fatto che contesta, si riferisce intimamente a quello allegato dalla parte avversa. Così quando il latore di un biglietto, tuttochè riconosca non essere reale la causa indicatavi, afferma averne un'altra, la sua dichiarazione non potrebbe scindersi, e lo avversario deve soddisfarlo, tranne se provi, altrimenti che colla confessione, che il

preteso creditore non abbia nè l'una nè l'altra causa. Similmente, quando il preteso debitore d'una somma confessa che la doveva, ma che l'ha pagato, non si potrebbe scindere la sua confessione; l'attore soltanto, ove provi in altro modo il debito, porrebbe il convenuto nel caso di pagare o di provare la liberazione. Cotesta regola espressa chiaramente nella esposizione dei motivi, e nel rapporto al Tribunato (Fenet, XIII, pag. 367, 405) è stanziata da molte decisioni (2). — Diciamo che quegli, la cui domanda non è giustificata dalla confessione presa tutta insieme, ha il diritto di provarla in altro modo. Infatti, non si scinde una confessione abbandonandola *del tutto*, e facendo la pruova con altri mezzi; nè si comprende come, innanzi la Corte Suprema, siasi potuta impugnare una decisione per aver violato la indivisibilità della confessione, quando la prova del fatto non risultava dalla confessione della parte; ma questo mezzo, come era naturale, fu rigettato (3).

Al contrario, la confessione, o per dir meglio la *dichiarazione* potrà perfettamente scindersi se i due fatti, di cui costa, non hanno fra loro alcun intimo e naturale legame; come se io pretendo avervi dato in prestito 500 fr. e voi dichiarate averli ricevuto, aggiungendo essere compensati da una egual somma dovutavi da me per questa o quella causa. Allora ciò che dite in secondo luogo, è indipendente dall'oggetto della confessione, e non ne fa parte, e quindi la confessione sta tutta nella prima parte, dunque non si scinde la confessione separandone le due parti. Quest'altro punto è, come il primo, sanzionato dalla giurisprudenza (4).

(1) Rig. per una decisione di Riom, 16 marzo 1814. — Rig., per una decisione di Rouen, 9 aprile 1838 (Dev., 38, I, 442). La prima delle citate decisioni par dica che bisogna allora disapprovare l'avvocato. Sarebbe questo un errore; l'ufficiale ministeriale è il solo che può essere disapprovato. — Sentenza del parlamento di Parigi, del 14 febr. 1759; sentenza del parlamento di Bretagna, 20 marzo 1763; Toullier (X 258); Bonnier (n. 216); Zachariae (V, p. 599), ec. ed anche la sentenza del 1838 riconosce a ragione che la confessione dell'avvocato non ha avuto valore, poichè egli a-

vea ritrattato all'udienza e senza alcuna formalità.

(2) Cass., 8 dic. 1817; Cass., 30 agosto 1821; Cass., 4 dicembre 1827; Rig., 10 gennaio 1832; Rig., 6 nov. 1838; Rig., 8 giugno 1842 (Dev., 32, I, 90; 43, I, 892; 42, I, 844); Cass., 25 maggio 1841, 14 aprile 1852, 25 aprile 1853 (J. P., 1852, I, I, p. 59; 1853, I, II, p. 87); Parigi, 20 febr. 1852 (J. P., 1852, I, II, p. 283).

(3) Rig., 21 mag. 1838 (Dev. e Car., 42, I, 37).

(4) Rig., 14 genn. 1824; Rig., 23 dicembre 1833; Douai, 13 mag. 1836; Rig., 6 febbrajo 1838 (Dev. e Car., 36, II, 450; 38, I, 108).

Del resto, essendovi parecchie confessioni relative ad oggetti distinti, si può bene allegare una o più di esse tralasciando le altre. Similmente, il principio della indivisibilità della confessione non impedisce che colui il quale allega il fatto confessato, provi (o colle presunzioni legali, o colle scritture, o coi testimoni quando è ammessa la prova testimoniale) che sieno false le dichiarazioni accessorie con cui l'avversario nella sua confessione ha voluto modificare o distruggere le conseguenze del fatto. La indivisibilità importa che la confessione non possa scindersi a piacere dell'avversario, ma non già assolutamente; io non posso, prendendo come provate le parti che mi giovano, respingere, *per la sola mia volontà*, le altre che mi noccono; ma lo posso, *prorandole inesatte*, come voi medesimo potete distruggere la vostra medesima confessione provandola inesatta ed erronea. Questo punto è medesimamente riconosciuto dalla giurisprudenza (1).

Non fa mestieri aggiungere che la confessione resta inefficace: 1° quando essa dovrebbe far perdere un diritto a cui non si può rinunciare; 2° quando versa intorno a fatti che la legge vieta di confessare; 3° quando si è in un caso in cui qualche disposizione speciale della legge dichiara che la confessione non farà prova (*Ved. art. 870 (948), Cod. di proc.*).

Eccoci ora alla ritrattazione della confessione giudiciaria.

La forma probante di una confessione, checchè si abbia potuto dire, è indipendente dall'accettazione dell'altra parte, e noi teniamo quindi come erronea la opinione, ricreditata nella pratica, ed ammessa pure da vari scrittori, massime da Bonnier (n. 249) e Poujol (n. 21), che la confessione può, in principio, esser ritrattata finchè non ne sia dato atto alla parte avversa. Che cosa può importare il concorso della mia e della vostra volontà per conoscere se sia o no vero il fatto allegato da

me contro di voi? Si tratta qui forse di un contratto? La verità o falsità di un fatto si stabilisce forse con una convenzione, col concorso delle volontà? Riconoscete vero il fatto; non ci vuole altro: il domandare atto di tal vostra dichiarazione non può fare che un fatto vero divenga falso, nè che vero divenga uno falso. Indarno Bonnier fa avvertire che Pothier definiva la confessione giudiciaria: « quella fatta di una parte innanzi il giudice, e di cui questi dia atto ». Tale osservazione si rivolge contro gli avversari, poichè i compilatori del Codice, che ben conoscevano quella definizione, anzichè riprodurla, dissero nel paragrafo 1 dell'art. 1356 (1310), che la confessione giudiciaria (che secondo Pothier esisteva, quando si era dato atto della dichiarazione) costa oggi della sola *dichiarazione che fa la parte*. Tal confessione che non è bisogno sia accettata, potrà essere rievocata, finchè non lo sia stata? No; perchè secondo ragione e insieme secondo il quarto paragrafo dello stesso art. 1356 (1310) la confessione può esser soltanto revocata, ove se ne provi la inesattezza. Or che importa, quanto al vostro errore sul fatto confessato, se io abbia o no domandato atto? Con molta ragione adunque i nostri articoli non dicono qui ciò che più in là sarà detto dallo art. 1364 (1318) per il giuramento decisorio; e diciamo con Solon (Aggiunzioni al *Saggio* di Gabriel) e Zachariae (V, p. 600), che la confessione non si può rievocare perchè non sia stata accettata; ma ciò non toglie che giovi domandarne atto, acciocchè se ne abbia una prova regolare.

La confessione, come si è detto, può esser solo rievocata da chi l'ha fatta provando che sia stata prodotta da un errore *di fatto*, ma non già da un errore *di diritto*. Che cosa importa che abbiate saputo, o no, che il fatto dovea partorire queste conseguenze legali, e come mai si potrebbe cancellare la vostra confessione perchè voi non sapevate che il tal fatto partoriva la

(1) Bourges, 4 giugno 1825; Parigi, 6 apr. 1829; Rig., 10 gennaio 1832 (*Dev.*, 32, I, 90); Ric., 13

nov. 1853 (*J. P.*, 1855, t. II, p. 40); 28 luglio e 18 agosto 1854 (*J. P.*, 1856, t. I, p. 257).

tale vostra obbligazione? Essendo esatta la confessione, vero il fatto, non si richiede altro.

III.—Le regole spiegate, conformi ai principi di ragione e di equità naturale, si applicano in principio a qualunque sorta di confessione. Quindi la stragiudiziale, al pari della giudiziale, dovrebbe far prova piena contro il suo autore, il quale non può altrimenti rivocharla che colla prova di essere stata prodotta da un errore di fatto, come nè l'avversario può scinderla. Ma dall'altra mano, tutto sta nello arbitrio del giudice del fatto riguardo alla confessione stragiudiziale, che non si fa in quelle solenni circostanze che garantiscono la sua efficacia, per cui il legislatore non ha voluto fare alcuna regola di dritto delle sopra esposte idee. La sua decisione potrebbe contenere un mal giudicato da correggersi in appello, ma non violazione di alcuna legge, poichè nissuna ve ne ha sul proposito. Ciò dirittamente è stato deciso dalla Corte di cassazione (4).

Il Codice stabilisce una sola regola di dritto, che è conseguenza dello articolo 1341 (1295); cioè se colui che allega una confessione, non potendo per iscritto, è costretto provarla con la prova testimoniale, non potrà questa ammettersi che quando dirittamente si potrebbe in quel

modo provare il fatto che ne è l'oggetto (articolo 1353 (1309)). Difatti se si potesse con testimoni provare una pretesa confessione di fatti, che così non potrebbero provarsi, sarebbe stato illusorio il divieto, poichè si sarebbe potuto far deporre i testimoni (che si suppongono procacciati) tanto sulla pretesa confessione di un fatto, che sullo stesso fatto preteso.

Del resto crediamo erronea la pretesa regola (insegnata da Merlin, *Quist.*, alla parola *Confessione*, § 4) ed applicata dalla soprariferita decisione di cassazione dei 30 aprile 1831, che una confessione stragiudiziale, per rinnovarsi che si faccia in giudizio, si muti in giudiziale; per cui vien meno la prima qualità, e si toglie così al giudice l'arbitrio soggettandolo ad una necessaria applicazione dell'art. 1356 (1310). Una confessione fatta in giudizio nel 1840 fa sì che più non esista quella fatta fuori giudizio nel 1838? Non è chiaro invece che vi sono allora due confessioni, e che i magistrati quindi son liberi di non servirsi della seconda attribuendo alla prima le conseguenze che può produrre? Ci sembra dunque erroneo cotesto preteso tramutamento, e infatti è rigettato da altre decisioni, specialmente da quella di rigetto sopracitata dei 10 dicembre 1839 (2).

SEZIONE V.

DEL GIURAMENTO.

1357 (1311).—Il giuramento giudiziale è di due specie:

1° quello che una parte deferisce all'altra, per farne dipendere la decisione

della causa; e chiamasi *decisorio*:

2° quello che vien deferito dal giudice *ex officio* all'una o all'altra parte.*

(1) Rig., 29 febr. 1820; Cass., 30 aprile 1821; Rig., 10 dicembre 1839 (Dev., 40, 1, 467).

(2) Orléans, 7 maggio 1818; Borbone, 26 mag. 1838; Rig., 10 dic. 1839 (Dev., 40, 1, 467).

* R. 19 marzo 1835. — Approvo il parere uniforme delle Consulte delle due parti del Regno che: — il giuramento decisorio deferito o riferito fra le parti in lite fa piena fede in modo da farne dipendere la decisione; sì che non è permesso di disputare ulteriormente sul fatto giurato, nè d'impugnarsi in alcun modo neppure con querela di

falso; — il giuramento deferito dal giudice per contrario è un mezzo permesso al giudice di adoperare sotto talune condizioni espresse dalla legge stessa. E però concordemente hanno opinato esser la sentenza che ordina il giuramento decisorio definitiva, a differenza della sentenza con cui il giudice deferisce il giuramento suppletorio, la quale non liga la coscienza del magistrato (art. 135 e 313 p. c.) ed è essenzialmente interlocutoria.

— Deferito il giuramento decisorio, non è lecito ordinare altri mezzi d'istruzione. C. S. di Na-

I.—Il giuramento è un atto civile e religioso, con cui si chiama Dio testimone della verità di ciò che si dice e della sincerità di una promessa.

Sebbene di ordinario si presta il giuramento levando la mano destra al cielo nel profferire le parole *Io giuro*, non si potrebbero però astringere a tale usanza quelli cui le proprie credenze vietino di giurare e che ammettono solo si affermi in anima e in coscienza come i quacqueri. La costituzione che stabilisce la libertà di religione, e la uguaglianza politica dei culti (articolo 7), meglio ancora della Carta precedente (art. 5 e 6), non potrebbero farne menomamente dubitare, e così è stato giudicato sin dal 1809 e 1810 (1). Ma possono forse obbligarsi a prestare il loro giuramento con peculiari formalità coloro che per il loro culto ammettono un giuramento più solenne, e con maggiori formalità di quelle che è solito praticarsi, come p. e. gli Ebrei.

Quasi tutti gli scrittori rispondono di sì (2), non così noi. La loro opinione non è contraria alla libertà di coscienza, come delle volte si è detto malamente, dappoi- ché si vuole far prestare il giuramento secondo i riti della propria religione; ma ci sembra contraria allo spirito della legge, per cui si è voluto stabilire per tutti una regola uniforme, quando non vi osti la propria religione.

Che cosa importa se il giuramento ab-

bia una maggior forza religiosa con questa o quella formalità; poichè qualunque sia la forma con cui si chiama Dio testimone della propria sincerità, esso avrà sempre il suo carattere religioso. Si *permetta* che l'Ebreo giuri *more judaico*, ma non si *pretenda* ciò, ove egli è pronto a giurare secondo l'ordinario; sarebbe il medesimo che pretendere dal cristiano il giuramento su' santi vangeli.

In questo senso la quistione, risolta variamente da molte decisioni, è stata decisa dalla Corte suprema che ha cassato una decisione contraria della Corte di Colmar, e dalla Corte di Besansone, a cui fu rinviata la causa (3).

II.—Il giuramento è giudiziale o stragiudiziale. Il primo è quello che si deferisce in giudizio nel corso della lite; e come il giuramento stragiudiziale, è promissorio o affermativo, secondo che voglia assicurare che siasi attenuta una promessa (come quello dei testimoni), ovvero garantire che sia sincero ciò che si dice.

Il giuramento giudiziale affermativo di cui solo dobbiamo occuparci, è di due specie: 1. Il giuramento *decisorio* o *liti-decisorio* che una delle parti deferisce all'altra per farne dipendere la decisione: 2. Il giuramento *suppletorio* che il giudice deferisce all'una o all'altra delle parti, acciocchè la pruova si renda più piena. La legge ne tratta successivamente in due paragrafi.

poli, 3 febr. 1838.

— Non debbe essere ammesso il giuramento decisorio allorchando siasi deferito in modo, che non ne dipenda la decisione della causa. C. S. di Napoli, 14 giugno 1851.

(1) Bordeaux, 14 marzo 1809; Rig., 28 marzo 1810.

(2) Specialmente Merlin (*Quist.*, alla par. *Giuramento*); Toullier (X-342); Favard (alla par. *Pruova testim.*, sez. 1, § 4); Duranton (XII-393); Bonnier (n. 388); Zachariae (V, p. 610).

(3) Per il giuramento *more judaico*; Nancy, 15 luglio 1808; Turin, 15 giugno 1811; Colmar, 5 mar. 1815; Colmar, 18 gennaio 1818; Pau, 11 mag. 1830; Colmar, 12 maggio 1811; Algeri, 28 giugno 1845; Per il giuramento ordinario: Turin, 22 febr. 1809; Rig., 19 maggio 1826; Nîmes, 10 gen. 1827; Nîmes, 17 giugno 1827; Rig., 12 ag. 1828; Aix, 13 agosto 1829; Cass., 3 marzo 1846; Besansone, 15 gen. 1847 (Dev. e Car., 31, II, 150; 42, II, 493; 46, I, 193 e II, 138; 47, II, 142).

§ 1. — *Del giuramento decisorio.*

1358 (1312).—Il giuramento decisorio può esser deferito sopra qualsivoglia specie di controversia.*

1359 (1313).—Non si può deferire, fuorchè su di un fatto personale alla parte cui vien deferito.

1360 (1314).—Può deferirsi in qualunque stato si ritrovi la causa, ed ancora quando non esista alcun principio di prova della domanda o dello eccezione sulla quale il giuramento si domanda.**

SOMMARIO

- I. Da chi, a chi, e per quali oggetti può esser deferito il giuramento decisorio.*
II. Il suo deferimento non dipende dal potere arbitrario del giudice. Errore della giurisprudenza.

- III. Può esser deferito in qualunque stato di causa, e dippiù sussidiariamente a tutt'altri mezzi. Errore della giurisprudenza, e di Merlin, Toullier, ecc.*

I.—La parte può, volendo, disfarsi della prova di un fatto, deferendo il giuramento intorno ad esso al suo avversario purchè 1. il fatto possa far decidere la causa; 2. sia personale a colui cui si deferisce; 3. la lite versi sopra un oggetto intorno a cui si può transigere e si agiti tra persone capaci di transigere, 4. e finalmente che si deferisca il giuramento a fin di impugnare la verità di una presunzione *juris et de jure* stabilita nel pubblico interesse.

La parte a cui si deferisce il giuramento in tali circostanze è obbligata a prestarlo, o se il fatto le è comune con l'avversario, riferirlo a questo, tranne che non voglia riguardare per vero il fatto contrastato, e perdere quindi la causa.

Bisogna in prima, che il fatto sia tale

che provato debba far decidere la lite, se non altro in uno dei suoi capi, senza ciò il giuramento proposto non sarebbe decisorio. Deve dunque il giudice respingere il giuramento che si deferisce, se non è decisivo il fatto che n'è l'oggetto (1); se il fatto sia o no decisivo sarà valutato dal magistrato di appello; le sue decisioni non potrebbero per ciò dar luogo a ricorso.

In secondo luogo, il fatto deve essere personale alla parte a cui il giuramento è deferito; come esce formalmente dal testo dell'art. 1359 (1313). Pure si è sempre ammesso che il giuramento possa deferirsi alla vedova o agli eredi di colui, al quale pretendesi personale, non però sul fatto stesso, ma per sapere se la vedova o gli eredi ne abbiano personalmente conoscenza. L'articolo 2273 (2181) riproduce

* Massime della C. S. di Napoli:

— Non può il magistrato negare il giuramento deferito quando è pertinente. — Prestato sulla istanza di una parte, può essere anche deferito dalle altre e deve nuovamente prestarsi, 18 apr. 1826.

— Non si dà luogo a giuramento contro l'atto autentico, 2 agosto 1833.

— Il giuramento decisorio deve deferirsi con atto sottoscritto dalla parte, 11 dicembre 1839.

— Quello di cui si produce una privata scrittura, ha diritto di deferire al produttore il giuramento decisorio sulla veracità del titolo e del suo contenuto, 6 sett. 1843.

— Non è ammissibile il giuramento decisorio

deferito sopra fatti illeciti costituenti misfatti. Il giuramento è una transazione, 29 luglio 1847.

— La semplice minaccia non importa delazione di giuramento decisorio, 20 dicembre 1849.

— L'annullamento di una decisione che ha ordinato un giuramento decisorio, non può avvertire il giuramento prestato. Quindi è che non si possa domandare un secondo giuramento sugli stessi fatti, 21 giugno 1853.

** Non è vietato deferire il giuramento decisorio dopo la lettura delle conclusioni all'udienza. C. S. di Napoli, 24 febbraio 1849.

(1) Agen, 17 febr. 1830; Rouen, 22 febr. 1832; Dig., 6 mag. 1834 (Dev., 32, II, 109; 34, I, 761).

questa regola, ma questo articolo non deve in ciò tenersi come una eccezione, bensì quale manifestazione di un principio sottinteso sempre dal legislatore. È infatti naturalissimo, che una vedova o gli eredi conoscano gli affari dello estinto, nè la condizione di chi ha deferito il giuramento decisorio al suo avversario, deve peggiorare per la di costui morte. In questo senso fu votato l'articolo 1359 (1313): « Gli eredi, dice la relazione del Tribunale, non possono essere obbligati di affermare, che era dovuto o no al loro autore: soltanto sarebbero astretti ad accettare il giuramento intorno a ciò che possono conoscere » (Fenet, XIII, p. 407).

Oltre a ciò, siccome il giuramento decisorio che si deferisce, partorisce il medesimo effetto d'una transazione fra le due parti contendenti, così può deferirsi nei casi in cui può farsi una transazione.— Quindi non potrebbe deferirsi intorno a fatti su cui non può transigersi; p. e. chechè ne dica una decisione di Rennes (1), intorno ai fatti di filiazione, di legittimità, ovvero intorno a fatti che servono di fondamento ad una domanda di separazione. Non potrebbe nemmeno deferirsi fra persone non capaci di transigere, p. e. se una delle parti fosse un sindaco di un fallimento che non ha facoltà dal giudice commissario di accettare o deferire il giuramento (art. 487 (479) del Codice di commercio), ovvero un mandatario che non ne ha speciale mandato (2).

Da ultimo non può deferirsi il giuramento, se si vuol con esso distruggere una presunzione *jaris et de jure* stabilita nello interesse pubblico. Vedenmo, sotto l'articolo 1352 (1306), n. II, *in fine*, che le sole presunzioni legali, stabilite nello interesse puramente privato contro le quali non è ammessa la prova contraria, possono esser combattute dal giuramento decisorio. Quindi non potrei deferire il giuramento per impugnare la cosa giudicata;

come nemmeno in generale, per distruggere l'effetto della prescrizione, perchè essa non solo stabilisce la probabilità dei dritti di chi li allega, ma per lo più è anche una decadenza pronunziata nell'interesse generale contro i proprietari o creditori negligenti. Dichiarandomi la legge proprietario di quello immobile, perchè ne son possessore da più di trent'anni, e non ostante che io non possa allegare alcun titolo, ella non suppone soltanto che io ne abbia legalmente acquistato la proprietà, ma pure ed anzi intende attribuirme-la, togliendola a voi affin di raffermare i possessi. Che ne sarebbe della tranquillità delle famiglie e della società, se in ogni tempo e dopo cento e più anni si potesse far questione della liberazione dei debitori o della proprietà dei possessori? Ciò surge chiaro dicendosi dal Codice, che la prescrizione, anzichè una prova dello acquisto o della liberazione prodotta da altra causa, può esser mezzo di acquistare, o di liberarsi (art. 112 e 2219 (633, 2125)). Dunque, come eccezione al principio generale, è stata la facoltà dall'art. 2275 (2181), di deferire il giuramento per le piccole prescrizioni governate dagli art. 2271, 2274 (2178 2181); la quale eccezione per casi speciali (in cui la prescrizione non è più un mezzo di liberazione ma la prova) conferma la regola pei casi ordinarli.

Altronde il giuramento non può deferirsi a chi non farebbe parte in una istanza, scbbene vi figurasse, p. e. al marito che autorizza la moglie; l'art. 1259 (1212), dice non potersi deferire che *alla parte* (3).

II.—Il giuramento decisorio può esser deferito secondo dice l'art. 1358 (1312). Difatti una parte non può esser mai obbligata ad abbandonarsi tutta intiera alla coscienza di un avversario, che può non averne: essa è libera ma non obbligata di ricorrere al giuramento che è un espe-

(1) Rennes, 16 dic. 1836; J. P., 1837, t. II, pagina 320; Dall., 37, II, 96.

(2) Granohle, 23 febr. 1827; Bordeaux, 30 luglio 1829; Rig., 27 aprile 1831; Rouen, 21 feb-

braio 1842; Parigi, 20 febr. 1844 (Dev., 31, I, 194; 42, II, 262; 44, II, 538).

(3) Angers, 28 gennaio 1825.

diente estremo. Per quanto semplice ed evidente sia il senso dell'art. 1358 (1312), la giurisprudenza non lo ha compreso; pretendendo che la facoltà data da esso sia del giudice e non della parte (1), per modo che i tribunali potrebbero autorizzare o rigettare il giuramento, che si deferisce secondo che meglio stimeranno.

Si stenta a comprendere siffatto errore, rigettato con molta ragione da Deville-neuve (Racc., 38, 4, 873), da Bonnier (n. 302) e Zachariae (V, p. 648) che soli hanno svolto la questione. Non può esser dubbio, stante i due art. 1357 e 1358 (1311 e 1312), l'ultimo dei quali dice, che *il giuramento decisivo può esser deferito*, poichè il primo insegna chiamarsi decisivo *quello che si deferisce da una parte*. Essendo il giuramento decisivo deferito dalla parte e non dal giudice, è chiaro che la legge, volendo dare una facoltà al giudice, avrebbe detto: « Può darsi facoltà di deferire il giuramento » e non già: « *Il giuramento può essere deferito* ». Come mai se il giuramento non è mai deferito dal giudice, si dovrebbe far piena la frase colle parole *dal giudice?*

III.—La giurisprudenza, non meno dell'art. 1358 (1312), viola l'art. 1360 (1314), giudicando tante volte che il giuramento deferito da una delle parti all'altra *può*, a volontà del giudice, secondo alcune decisioni, o anche *deve* assolutamente, secondo altre, riguardarsi come un semplice giuramento suppletorio, se è deferito in sussidio, e tentati già invano tutti gli altri mezzi per sostenere la domanda (2).

Ben si comprendono le conseguenze di questo preteso tramutamento.

Se il giuramento deferito da una parte, perchè proposto come ultimo mezzo, e dopo tentati tutti gli altri, diventa per ciò un giuramento suppletorio, in vece d'esser sempre decisivo, il giudice potrà

farlo prestare o no, secondo l'articolo 1366 (1320); ma non lo potrà giusta l'articolo 1367 (1321), se la domanda non si fonda su d'un principio di prova, mentre se il giuramento resta sempre decisivo, la parte, e non il giudice, potrà sempre deferirlo, giusta il nostro art. 1360 (1314), sebbene non esista alcun principio di prova.

Il giuramento, diciamo, è sempre decisivo nel caso di cui trattiamo, e ritenendo altrimenti si confonderebbero stranamente i più chiari principj. Su questo punto la dottrina delle decisioni è conforme a quella degli scrittori, specialmente di Merlin (*Quist.*, alla parola *Giuramento*, § 4) e di Toullier (X, 404, 405), ma tal dottrina non è meno erronea.

Lo errore di essa si mostra all'evidenza, secondo noi crediamo, e dai caratteri distintivi dei due giuramenti, decisivo e suppletorio, ed anche dalla disposizione formale del nostro articolo 1360 (1314). —E dapprima, che cosa è mai un giuramento decisivo? Quello deferito ad una *dall'altra parte*, e non di ufficio *dal giudice*, e che deve per se solo *far finire il litigio*, invece di render solo *completo* un principio di prova già esistente. Dunque, quando io dichiaro riferimene al giuramento del mio avversario, e perdere la lite ove egli lo presti; che monta, se io faccia di questa dichiarazione il mio solo mezzo, ovvero vi ricorra, tentati tutti gli altri? Che monta che la dichiarazione sia il mio principio ovvero il mio fine? Che, se essa formi la mia sola conclusione, ovvero soltanto sia come un estremo spediente, dopo una serie lunga di conclusioni? Forse il legislatore ha detto, o solamente fatto sospettare in qualche luogo o nelle sue regole definitivamente scritte, o nei suoi lavori preparatori, che il giuramento decisivo sarebbe una specie di ricompensa (sarebbe bella in vero!) accor-

(1) Amiens, 11 gen. 1828; Rig., 23 aprile 1829; Bordeaux, 19 gen. 1830; Limoges, 10 mag. 1843 (Dev., e Car., 46, II, 73).

(2) Agen, 14 dicembre 1808; Rig., 30 ott. 1810; Colmar, 5 febr. 1834; Nîmes, 8 aprile 1834; A-

miens, 16 gen. 1835; Colmar, 7 marzo 1835; Rig., 12 nov. 1835; Rig., 7 nov. 1838; Limoges, 23 febr. 1843 (Dev., 35, II, 443 e 446; 36, I, 923; 38, I, 873; 44, II, 637); Douai, 31 gennaio 1855 (J. P., 1855, I, p. 20).

data a colui che vorrebbe non litigare e risparmiare il tempo dei giudici? Non ha egli chiaramente dimostrato sempre, che per se, come per la ragione e la equità, era un ultimo spediente, l'ultima tavola di salvezza per colui a cui mancarono tutti gli altri mezzi? Forse non dice positivamente l'art. 1360 (1314), che di questo mezzo si potrà giovare in qualunque stato della causa? Che importa del momento e della forma della mia dichiarazione? Rimettendocene al giuramento del mio avversario, e tenendomi per condannato se egli lo presta, il giuramento è necessariamente decisorio, e non può essere suppletorio: è decisorio poichè è deferito da una delle parti, la quale riman condannata se quello si presta; e non può esser suppletorio, poichè non è deferito di ufficio dal giudice nè mira a render completa una prova incominciata. Non basterebbero per se sole le parole già citate dell'art. 1360 (1314)? Il giuramento può deferirsi in ogni stato della causa, dunque lo si può scorso più o men tempo da che si litiga. Or la lite non ha potuto aver per oggetto che i mezzi falliti certamente per me, poichè io ho ricorso al giuramento. L'art. 1360 (1314) prova come il giuramento decisorio possa proporsi come ultimo mezzo, quale estremo sussidiario.

1361 (1315).—Colui al quale vien deferito il giuramento, qualora rifiuti di darlo, o non consenta di riferirlo al suo avversario; o l'avversario al quale è stato riferito, se ricusi di darlo, dee succumbere nella sua domanda o nella sua eccezione.*

1362 (1316).—Il giuramento non può riferirsi, quando il fatto che ne forma l'oggetto, non sia comune ad ambe le parti,

Non abbiamo mai compreso, non solo che si potesse dire esser quello un giuramento suppletorio, ma che si potesse chiedere se fosse tale, così come non comprendiamo la domanda se la figura con quattro angoli e quattro lati uguali sia un cerchio... Si avrebbe potuto comprendere fin dal principio, che il giuramento suppletorio è quello che è deferito di ufficio dal giudice (art. 1357, 1366 (1311, 1320) poi rubrica del paragrafo 2); ma questo è deferito dalla parte che litiga, dunque non è suppletorio. Sarebbe giusta una sentenza se decidesse in fatto e come interpretando la volontà della parte, che la conclusione sussidiaria di essa è semplicemente una preghiera al giudice di deferire egli stesso il giuramento all'altra parte; se le prove non bastino a ciò, la sentenza sarebbe giusta se dicesse essere quello un giuramento suppletorio, e tener come tale quello che la stessa parte deferisce al suo avversario, intendendo perdere la sua causa se il giuramento è prestato. Tenerlo come giuramento suppletorio per la insignificante circostanza di esser proposto sussidiariamente dopo altri mezzi, è il medesimo che vedere un cerchio in una figura con quattro angoli e quattro lati sotto pretesto che essa sia rossa e non nera.

ma sia semplicemente personale a colui al quale si era deferito il giuramento.

1363 (1317).—Quando il giuramento deferito o riferito siasi dato, non si ammette l'avversario a provarne la falsità.

1364 (1318).—La parte che ha deferito o riferito il giuramento, non può più ritrattarsi se la parte contraria ha dichiarato di essere pronta a giurare.

* Per rifiuto a prestare il giuramento s'intende la dichiarazione espressa di non volerlo prestare; e la semplice non comparsa nel giorno destinato

alla prestazione di esso, non importa rifiuto. C. S. di Napoli, 8 nov. 1851.

S O M M A R I O

I. Non può, che sotto una condizione, riferirsi il giuramento deferito, ma il riferito non può nuovamente riferirsi. — Il deferimento o il riferimento non accettato può revocarsi; dopo accettato non si può, tranne vi sia dolo.

II. Se la parte che accetta il giuramento muore

I.—Quegli cui si deferisce il giuramento, può prestarlo o riferirlo alla parte avversa, purchè questi affermi il contrario. — Allorchè mi avete fatto proposta di giurare se vi abbia prestato 1,000 fr., io posso fare il giuramento, ovvero farvi giurare che non abbia prestato quella somma. Ma si riferisce il giuramento intorno ad un fatto comune alle due parti, o all'una di esse e all'autore dell'altra. In quest'ultimo caso, da un lato, si dà luogo al giuramento ordinario intorno al fatto, dall'altro, al giuramento offerto alla vedova o agli eredi per conoscere se credessero al fatto. Così, come da noi si è detto, il giuramento chiamasi dagli scrittori di *credibilità* o di *credulità*. Se il fatto era puramente personale alla parte, cui è deferito, questa non potrebbe riferirlo, come sorge formalmente dall'art. 1362 (1316). Più colui che avea sulle prime deferito il giuramento, e a cui si riferisce, non può egli riferirlo allo avversario, così la non si finirebbe mai. Colui a cui il giuramento è deferito, è libero o di rifiutarlo (perdendo la causa) o di prestarlo o riferirlo; ma colui a cui si riferisce, può prestarlo o riferirlo.

Fino a tanto che il giuramento deferito o riferito non sia accettato, la parte può revocarlo; ove sia accettato, trovasi legata secondo l'art. 1364 (1318) (1). Il giuramento deferito o riferito è in fatti la proposizione, la prima parte d'una convenzione, d'una specie di transazione, che come tutte le altre è perfetto col concorso delle volontà; ma è diverso dalla confessione che è unicamente unilaterale, e non è,

pria che lo presti, non può avervi come negato o prestato se non quando vi sia colpa di essa parte, o del suo avversario. *Errore di Toullier e delle decisioni.*

III. Prestato il giuramento, l'avversario non può provarne la falsità, nè nel civile, nè nel criminale. *Errore di Duranton.*

nè può essere affatto convenzionale. Ma tosto che la parte, a cui dirigesì la proposizione, l'abbia accettata, ed abbia formato il contratto, dichiarandosi pronta a fare il giuramento richiesto, l'altra parte non può ritirare la sua offerta; tranne che non vi sia stata tratta con dolo dal suo avversario; p. e. se abbia proposto il giuramento per aver perduto i titoli della mia domanda, e posso poi provare essere quelli in potere del mio avversario (art. 480-4 e 40 (344) del Codice di procedura art. 2037 (1929)).

II.—Se il giuramento deferito o riferito è rifiutato, il rifiuto della parte è avuto dalla legge come una tacita confessione di essere falso il fatto, base della sua domanda; questa quindi non fatta buona, la sua causa è perduta. Prestato il giuramento, compiesi la condizione con che l'avversario avea convenuto di perdere la causa; la transazione perciò produce il suo effetto, e la causa guadagnasi da chi ha prestato il giuramento.

Ma che cosa decidere se la parte pronta a prestare il giuramento morisse pria di averlo fatto? Perchè ella avea dichiarato di accettare, perchè l'avversario non ha impedito o ritardato il giuramento, può questo riguardarsi come fatto? Proposta così la quistione, si risolve; dappoichè non si è compiuta la condizione della transazione; io non ho acconsentito a perdere la mia causa se l'avversario accettasse il mio giuramento, bensì se egli lo prestasse. Non poteva forse avvenire che l'avversario, quantunque accettato il giuramento, più non volendo nell'ultimo istante farsi

(1) Vedi Montpellier, 22 aprile 1833, e Parigi, 25 marzo 1854 (J. P., 1854, t. II, p. 372).

sperggiuro, rifiutasse definitivamente? Forse è tutt'uno promettere di giurare e giurare? Se per mia cattiva volontà, per un ritardo da me cagionato, il giuramento è stato impedito, dovrà sempre riguardarsi siccome prestato, dovendosi tenere per adempita, secondo il buon senso, e il testo dell'art. 1178 (1131), la condizione che è stata impedita da chi con essa era obbligato. Il giuramento adunque è riguardato come prestato in tal caso particolare, come sarebbe invece tenuto per rifiutato se chi doveva prestarlo fosse stato impedito di farlo. Ma quando non si può rimproverare alcuna delle parti, quando nessuna speciale circostanza mena ad una delle due estreme decisioni, quando solo la morte o la pazzia di una persona le vietano di prestare il giuramento, non si dovrà certamente stare alla verità delle cose, e dire che il giuramento non è prestato nè rifiutato, che la condizione prevista è impossibile, e che non sia stato deferito? Colui che avea deferito il giuramento, può allora deferire agli eredi del defunto suo avversario il giuramento di credibilità di cui si è parlato.

Non si potrebbe render ragione come alcuni scrittori, specialmente Toullier (X, 383, § 7), e dopo lui due decisioni (1) abbiano giudicato che la parte che muore dopo accettato il giuramento si tenga che lo abbia prestato. Positivo errore, rigettato da Zachariae (V, p. 619) e già condannato dal celebre Dumoulin che disse sulla leg. 3, *C. de jurej.: Juramentum delatum defuncto sed nondum praestitum ab illo, non potest objici* (2).

III.—Prestato il giuramento decisorio la condizione è adempita, la transazione efficace, e non si potrebbe distrurre l'effetto di essa provando che quello sia falso (3). *Non illud quaeritur, dicono le ISTITUTE (§ 11, de action.) an pecunia debeatur, sed an iuraverit*; e dal nostro art. 1363 (1317) si stabilisce lo stesso principio. La

condizione non è nè può essere: *se lo avversario presta un giuramento conforme alla verità*; chè in tal modo bisognerebbe far nuova causa per conoscere se il giuramento sia o no conforme alla verità, per modo che non sarebbe decisorio; la condizione è semplicissima, *se l'avversario presta il giuramento*.

Duranton, che non ebbe ciò compreso (XIII, 600), ha professato una dottrina contraria allo spirito del nostro articolo 1363 (1317) non che al suo testo, ed alla spiegazione dei lavori preparatori. . . Il dotto professore, nel mentre riconosce che colui contra il quale è stata profferita sentenza in conseguenza di un giuramento decisorio, non potrebbe nel civile impugnarlo come falso, pretende che lo potrebbe nel criminale unendosi al pubblico ministero. Secondo lui, siccome l'articolo 366 del Codice penale pronunzia una pena contro lo autore di un falso giuramento decisorio, e l'articolo 1 del Codice d'istruzione criminale accorda un'azione civile pel ristoro del danno a tutte le parti offese, così potrei costituirmi parte civile nel giudizio penale per ottenere il ristoro del danno. « Solo nel civile, dice egli, mi è vietato di provare la falsità del giuramento; sarebbe orribile che colui che vien condannato per un falso giuramento, potesse arricchirsi per mezzo del suo delitto ».

Duranton in questo modo accusa la legge, e corregge, non spiega l'articolo. In esso si dice, che non avrete dritto di provare la falsità del giuramento; dunque questo, legalmente parlando, è irrevocabilmente vero per voi. Potrà esser falso in sè stesso, e tale dimostrato dal pubblico ministero, che trarrà le conseguenze della sua falsità; ma per voi sarà vero; la transazione tra voi e l'avversario vostro avrà vigore contro di voi, ma non per la società, che farà le sue vendette. Ora se il giuramento resta legalmente vero per voi, come potrebbesi parlare di danno

(1) Douai, 26 mag. 1814; Aix, 13 agosto 1829.

(2) Ma la dichiarazione di colui a cui il giuramento è deferito, di non ricordarsi, fa finire la lite in suo favore. — Besançon, 1 febr. 1856 (J. P.,

1856, tom. I, p. 253).

(3) Vedi Ric., 27 aprile 1853 (J. P., 1854, t. I, p. 493).

cagionatovi dalla sua falsità? L'art. 1363 (1317), voi dite, è scritto per l'azione civile, e quella è azione criminale; ciò è falso.

L'azione sperimentata da un privato insieme con la penale, non è altro che civile, d'onde il nome di *parte civile* che si dà a chi la sperimenta. Duranton non avrebbe potuto dimenticare, che solo colui che potrebbe con una ordinaria azione chiedere nel civile il ristoro del danno, ha dritto di chiederlo con una azione (civile) insieme con quella del Pubblico Ministero. Avrebbe egli dovuto comprendere, che la nostra regola non è una eccezione, ma la applicazione di un principio, dappoichè la rinuncia con transazione o in altro modo all'azione vostra ingenerata dal mio delitto vi toglie ogni dritto di agire, rimanendo libera l'azione del pubblico ministero. Ciò avrebbe dovuto comprendere Duranton colla logica, e soprattutto coi lavori preparatori del Codice penale: « L'interesse della società », dice l'esposizione dei motivi, non

permette che *vada impunito il delitto di giuramento falso*, e quantunque la parte non possa agire per suo privato interesse, il Pubblico Ministero potrà provocare la pena dovuta al delitto ». « Questa disposizione », dice il rapporto del Tribunato, sull'art. 366 del Codice penale, non dà alcuna nuova azione: il Codice Napoleone ha *irrevocabilmente regolato quanto concerne gli interessi privati ed alla parte civile*; potrà il ministero pubblico nel solo interesse della società perseguire lo spergiuro ». Tali dichiarazioni sono molto esplicite, e la giurisprudenza le conferma come principi incontestabili (1).

La falsità del giuramento non offrirebbe mezzo alcuno all'avversario dello spergiuro, dappoichè della falsità la parte privata non può trarre partito. Ma se l'avversario provasse di aver deferito il giuramento all'altra parte, tratta da essa in inganno, potrebbe fare ritrattare la sentenza secondo l'articolo 480-1° (544) del Codice di procedura.

1365 (1319).—Il giuramento prestato non fa prova, fuorchè a vantaggio o contra di colui che l'ha deferito, ed a vantaggio o contra de'suoi eredi, o di coloro che hanno causa da lui.

Cionondimeno il giuramento deferito al debitore da uno dei creditori solidali non lo libera, se non per la porzione dovuta a questo creditore.

Il giuramento deferito al debitore principale libera egualmente i fideiussori:

quello che si è deferito ad uno de' delittori solidali, giova a' condebitori: quello deferito al fideiussore giova al debitore principale.

In questi ultimi due casi, il giuramento del condebitore solidale o del fideiussore non giova agli altri condebitori o al debitore principale, se non quando sia stato deferito sul debito, e non sul fatto della obbligazione solidale o della fideiussione.*

SOMMARIO

I. Incompleta ed inesatta compilazione dell'articolo.

II. Del giuramento negato da un concreditore solidale, o prestato dal debitore, e parimente di quello prestato dal creditore, o rifiutato dal debitore (in rapporto agli altri ereditari).

(1) Big., 21 agosto 1831, e specialmente Big., 30 marzo 1833 (Dev., 35. I, 119; 44, I, 36); Big., 8 marzo 1833 (J. P., 1833, I, II, pag. 65).—Pure si ammette che la regola abbia eccezione, quando il fatto del falso giuramento è inquisito per un procedimento disciplinare. — Augers, 14 novembre

III. Del giuramento prestato da un condebitore solidale, o rifiutato dal suo creditore, e parimente di quello rifiutato dal condebitore, o prestato dal creditore (in rapporto agli altri debitori). — Le stesse ipotesi per un debitore in rapporto al suo fideiussore, e per il fideiussore in rapporto al debitore.

1835; J. P., 1836, I, I, pag. 356.

* Essendo morto colui che doveva prestare il giuramento in penienza dello appello prodotto contro la sentenza che ne ordinava la prestazione, non può ritenersi come prestato. C. S. di Napoli, 5 luglio 1849.

I. — Il giuramento prestato o rifiutato non può produrre il suo effetto, che in prò o contro le parti tra cui si compie, e in prò o contro le persone da esse rappresentate: per tutte le altre è *res inter alios acta quae aliis non nocet nec prodest* (1).

Il primo paragrafo del nostro articolo esprime male un tal principio, dicendo che *il giuramento fatto fa solo pruova contro chi l'ha deferito o a suo vantaggio*. Non il giuramento fatto, ma il rifiuto di farlo fa pruova in vantaggio di colui che l'ha deferito; e il giuramento prestato farà sempre pruova in vantaggio di colui che lo presta e contro chi l'ha deferito. Bisogna quindi leggere, *il giuramento fatto o rifiutato*: del pari che il giuramento prestato, doveva prevedersi il rifiuto.

II. — Il nostro articolo, posto inesattamente il principio, che il giuramento prestato o rifiutato non fa pruova che tra le parti o loro aventi-causa, espone, quale eccezione, la regola, che il giuramento deferito al debitore dall'uno dei concreditori in solido e prestato dal debitore, esonera costui della sola parte del credito, che ha il creditore. Ma perchè sia una eccezione e debba la disposizione quindi inominare colla parola *Nondimeno*, non ben si comprende.

I compilatori probabilmente intesero che il giuramento deferito da uno dei creditori in solido, riguardandosi essi tutti come mandatarj ed aventi-causa gli uni degli altri, avrebbe effetto secondo il principio in faccisa a tutti, in modo che sarebbe eccezionale la regola che gli dà soltanto effetto per la parte del creditore che litiga. Cotesta idea è inesatta, dappoichè i concreditori solidali sono mandatarj gli uni degli altri, soltanto affin di conservare e migliorare il credito, e l'uno dei creditori non ha mandato nè per transigere, nè per assolvere il debito (art. 1198, § 2 (1151)). Non vi ha dunque alcuna eccezione, bensì una pura e semplice applica-

zione del principio. Quel che dice l'articolo pel giuramento prestato dal debitore sulla proposta del concreditore che litiga, sarebbe anche da applicarsi al giuramento deferito dal debitore al creditore, e da questi rifiutato. Viceversa, poichè i concreditori sono mandatarj per conservare e migliorare il debito, il giuramento rifiutato dal debitore sulla proposta di un creditore, o prestato da questo sulla proposta del debitore, tornerebbe in vantaggio di tutti i creditori.

III. — Il giuramento prestato da un debitore in solido, come anche quello proposto da costui e rifiutato dal creditore giova a tutti i condebitori, essendo essi mandatarj l'uno dell'altro per migliorare la loro condizione (§ 4); ma se il giuramento è stato rifiutato dal condebitore, o prestato dal creditore, ereditiamo non potersi opporre agli altri debitori per le ragioni indicate nell'articolo 1351 (1305), n. XIII.

Il giuramento che prestasi da un principale debitore, come anche quello che rifiuta il creditore sulla proposta di quello, giova certamente al fidejussore (§ 3); poichè annullato il debito, vien meno la fideiussione. Ma se invece il giuramento è rifiutato dal debitore o prestato dal creditore, stimiamo non possa opporsi al fidejussore; di ciò esponemmo più sopra la ragione.

Il giuramento intorno un fatto riguardante il debito, prestato dal fidejussore, o proposto da costui e rifiutato dal creditore, torna in vantaggio del debitore principale (§ 5), non potendo esservi debitore, ove non vi è più debito. Ma il giuramento rifiutato dal fidejussore o prestato dal creditore, non potrebbe opporsi al debitore, dappoichè il fidejussore non può affatto, nè transigendo, nè altrimenti, far peggiore la condizione del debitore.

Il giuramento prestato da un condebi-

(1) Del resto, il giuramento deferito intorno a più quistioni, che riferiscono ad una sola e medesima convenzione, può riguardarsi come incompleto

e senza carattere decisivo, quando è stato negato per una di esse quistioni. Ric., 8 marzo 1852 (J. P., 1853, t. II, pag. 65).

tore in solido, o proposto da costui, e rifiutato dal creditore, avvantaggia gli altri debitori quando ha per oggetto un fatto, che sebbene personale al condebitore o al creditore, riguardi il debito (come per esempio il fatto di un pagamento), e sarebbe cosa di niun conto per essi, se il

fatto riguardasse la solidarietà del debitore che litiga, che è stata, per esempio, rimessa (§ 6). La medesima distinzione è da farsi per il giuramento prestato dal fidejussore, o proposto da lui e rifiutato dal creditore.

§ 2. — Del giuramento deferito ex officio.

1366 (1320).—Il giudice può deferire il giuramento ad una delle parti, o per farne dipendere la decisione della causa o soltanto per determinare il valore della condanna.*

1367 (1321).—Il giudice non può deferire *ex officio* il giuramento, sia sulla domanda dell'attore, sia sulla eccezione opposta, se non con le seguenti due condizioni:

1° che la domanda o la eccezione non sia pienamente provata;

2° che le medesime non sieno mancanti totalmente di prova.

Fuori di questi due casi, il giudice dee ammettere o rigettare puramente e semplicemente la domanda.**

1368 (1322).—Il giuramento deferito dal giudice *ex officio* ad una delle parti non può da questa riferirsi all'altra parte.

SOMMARIO

- I. Quando e a qual fine può deferirsi il giuramento d'ufficio. Osservazioni sulle denominazioni adoperate da alcuni scrittori.
- II. In caso di proibizione di prova testimoniale, il deferimento può aver luogo per un principio di prova per iscritto. Il giudice lo

deferisce a quella parte che vuole. Egli può essere un semplice giuramento di credulità. Errore di Toullier.

- III. Il giuramento è un mezzo d'istruzione che si può quindi dimostrare falso; egli non ha nulla di transazione. Conseguenze.

I.—In questo paragrafo si tratta del giuramento deferito all'una delle parti, non più dall'una di esse, ma dal giudice di ufficio onde far piena la sua convinzione.

Diciamo, onde far piena la sua convinzione, perchè è questo il senso delle parole nell'art. 1366 (1320) o per farne

dipendere la decisione; il magistrato non può deferire il giuramento come il solo ed unico mezzo per decidere. Ciò sarebbe un errore; il giuramento deve essere un secondo elemento di decisione, il compimento di una convinzione già incominciata. Il giudice secondo l'ar-

*—Il giuramento sul valor della cosa è diverso dal suppletorio. C. S. di Napoli, 29 ottobre 1822.

— I giudici non hanno, come le parti, facoltà di deferire il giuramento decisivo, C. S. di Napoli, 3 aprile 1824.

— Ordinato e prestato il giuramento suppletorio, altro non resta al giudice, che pronnziare secondo il giuramento; ed è censurabile la sentenza che dopo il giuramento corre allo esame delle prove prodotte, e da queste prove si determina ad accogliere o rigettare la domanda dell'attore. C. S. di Napoli, 1 aprile 1831.

** Massime della C. S. di Napoli:

— Quando il giudice del merito deferisce di ufficio un giuramento, perchè la domanda non gli

sembra intieramente giustificata, e neppure mancante assolutamente di prova, questa sua sentenza non può andare soggetta alla censura della Corte Suprema, 27 giugno 1846.

— Il magistrato viola la legge, se esce da' termini della contestazione della lite, e se deferisce *ex officio* il giuramento suppletorio per completar la prova di fatti non ammessi a provare, 1 agosto 1846.

— Fermo il *deberi* ed incerto il quantitativo, il giudice può avvalersi del giuramento suppletorio per definirlo, 7 agosto 1851.

— Il giudice non può deferire il giuramento *ex officio* senza valutare le prove che si sono raccolte sulla domanda od eccezione, 1 ottobre 1850.

articolo 1367 (1321) non può deferire il giuramento, nè se la domanda è del tutto sfornita di prova, nè se la sia pienamente provata; nel primo caso deve subito rigettarla, ed ammetterla nel secondo; si può ordinare di ufficio il giuramento quando la domanda, non del tutto giustificata, è fondata sopra un principio di prova. Per questo tal giuramento chiamasi *suppletorio*.

Il giuramento suppletorio, dice la legge, può servire a rischiare il giudice o intorno la condanna (cioè se debba o no condannare) o intorno all'ammontare di essa, essendo già provato il fatto da cui si ingenera la condanna. In questo secondo caso il giuramento suppletorio dicesi giuramento *in litem* o *in causa*. Ogni giuramento giudiziario è *in causa* o *in litem*, tanto se è suppletorio per la condanna stessa, anche se decisorio, quanto se riferisce soltanto al *quantum* della condanna, dappoichè in tutti i casi ha luogo durante una lite, e per finirla.

II.—Il giuramento suppletorio, che il giudice può deferire se esiste un principio di prova, potrebbe soltanto deferirsi quando non è permessa la prova testimoniale, ove esista un principio di prova per iscritto, che è già una prova cominciata, ma non completa. Essendo vietata la prova testimoniale, il giudice non può legalmente tener come prova incompleta, nè la dichiarazione di un testimone, poichè non ha il dritto di usarlo, nè le presunzioni di fatto, non potendovi dar peso se non quando è ammessa la prova testimoniale (art. 1353 (1307)). Legalmente adunque non può esservi che il principio di prova *per iscritto*. Non potrebbe il giudice, in materia ordinaria, fondarsi su di una presunzione onde deferire il giuramento di ufficio per un interesse di oltre 150 fr.; in potrebbe al contrario, in materia commerciale, perchè in questa la prova testimoniale è permessa (1).

Il giudice può deferire il giuramento a quella parte, che secondo le circostanze

della causa, e le ispirazioni della sua coscienza, egli crede farebbe una dichiarazione più sincera o più utile alla verità. —Non sarebbe così, quando la legge stessa indichi a quale delle due parti debba deferirsi il giuramento (art. 1369 (1323) e più art. 17 (23) del Codice di commercio). — Il giuramento suppletorio non può mai esser riferito a quello a cui s'impone, perchè spetta al giudice di deferire il giuramento, quando tace la legge, a quella parte che meglio crede (art. 1368 (1322)). Il giudice può similmente deferire alla parte il giuramento *de credulitate*, intorno ad un fatto non personale ad essa ma al suo autore. Cotesta proposizione, negata da Toullier (X, 421), diviene evidente per poco vi si rifletta; il giudice non può mai deferire il giuramento se non se essendovi una prova imperfetta, una maggiore o minore probabilità in sostegno della domanda, cioè almeno qualche presunzione in vantaggio di essa. Abbiamo veduto (articolo 1353 (1307)) che il giudice può far buona la domanda, non essendovi prova propriamente detta, per la semplice probabilità che risulta anche da una presunzione di fatto. Come dunque egli, che potrebbe immediatamente condannare una parte, non avrebbe il dritto di farlo avvalorata la sua congettura col giuramento di credulità? Bisogna andare più in là. Siccome la regola che vieta di deferire il giuramento decisorio intorno ad un fatto non personale, ripetuta dalla legge per il giuramento decisorio (art. 1359, 1362 (1313, 1316)), non è riprodotta per il suppletorio, e la legge ha dovuto lasciare al giudice il più grande arbitrio che si può per illuminarsi e giudicare più sanamente; così egli, il giudice, potrà deferire un giuramento di credulità non solo sopra un fatto personale all'autore della parte, ma anche sopra un fatto personale a qualunque altro.

La sola obbiezione che fu sul proposito Toullier, è, che gli art. 2275 (2181) del Codice Napoleone, e 189 (195) del Codice di commercio parlano solo di tal giuramento come deferito da una parte all'altra, cioè, come giuramento decisorio. Ma

(1) Rigg., 9 nov. 1831 (Dev. e Car., 1832, I, 10).

dapprima il punto da cui si muove è incognito, perchè se l'art. 2275 (2181) parla del giuramento deferito da una parte, lo art. 189 (195) vuole al contrario che esso sia prestato dalle vedove, o dagli eredi, quando ne saranno richiesti. Altronde se gli art. 2275, 189 (2181, 195) debbono allegarsi come eccezione, riguardo al giuramento decisorio (perchè questo non può in principio esser deferito che sopra un fatto personale), si fa a meno della eccezione quando non si è più governati dal principio. Or poichè la disposizione dello art. 1359 (1313) è scritta pel giuramento decisorio, il giudice è quindi libero di deferire lo stesso giuramento suppletorio intorno al fatto di un terzo (*de credulitate*). Così è stato giudicato dalla Corte suprema (1).

III. — Il giudice che può deferire il giuramento suppletorio per illuminarsi meglio, se dopo proferita la sentenza con cui la ha ordinato giunge con nuovi elementi a procurarsi una piena convinzione, potrà dichiarare come non avvenuta la sentenza (2).

Di che sorge, che prestato il giuramento e non essendo per anco proferita la sentenza intorno al merito, la parte, contro di cui ebbe luogo il giuramento, potrebbe con nuovi mezzi provarlo falso, dimostrare la sua domanda e guadagnare la causa.

Il giuramento qui non ha nulla nè di

1369 (1323). — Il giudice non può deferire all'attore il giuramento sul valore della cosa domandata, se non quando sia impossibile di provarlo altrimenti.

I. — È questo il giuramento suppletorio che chiamasi *in litem* e che più sopra chiamammo. Esso può esser solo deferito all'attore, quando il giudice ha già stabilito il *maximum*, oltre di cui sarebbe ineffi-

transazione, nè di convenzione tra le parti, e quindi la legge non poteva riprodurre la regola, per la quale non può provarsi falso il giuramento decisorio.

Proferita la sentenza definitiva, o anticipatamente, salvo a prestarsi il giuramento, o in conseguenza del giuramento prestato, la parte perdente, potrebbe far valere nuovi mezzi, o in appello, se fosse in tempo, o domandando i danni-interessi, e provando falso il giuramento con una azione principale nel civile, ovvero costituendosi parte civile in un giudizio intentato dal Ministero pubblico. La dottrina erronea di Duranton quanto al giuramento decisorio, da noi confutata sotto l'art. 1336 (1290), sarebbe esattissima, riguardo al giuramento suppletorio, che non ha nulla della transazione, e può esser provato falso.

Da ultimo, nel caso stesso in cui la parte perdente non avrebbe altre prove, i giudici di appello (se la sentenza fosse di prima istanza) potrebbero, diversamente che i primi giudici, valutar lo affare, o trovando abbastanza convincenti i mezzi della parte che avea prima perduto, e dandogli per vinta la causa senza bisogno di alcun giuramento, ovvero deferendo il giuramento suppletorio alla medesima parte, contraria a quella che in prima istanza l'avea prestato.

Dee pure in tal caso determinare la somma, fino alla concorrente quantità della quale si potrà prestar fede all'attore sopra il suo giuramento.

cace il giuramento (3).

Questo giuramento è governato dalle altre regole sopra esposte. Così il giudice, poichè l'ebbe ricevuto, può, per nuovi elementi sopravvenuti, non solo scemare la

(1) Caen, 3 ag. 1831; Rig., 8 dic. 1832 (Dev. e Car., 33, I, 113).

(2) Rig., 10 dic. 1823; Linoges, 23 marzo 1825; Tolosa, 3 luglio 1827.

(3) In un'istanza di restituzione di titoli di obbligazione e di valori sottratti, la sentenza che de-

ferisce il giuramento all'attore soddisfa al voto della legge, indicando numericamente secondo il loro contesto, le obbligazioni intorno a cui dovrà versare il giuramento deferito; Ric., 27 febr. 1854; (J. P., 1854, tom. 2, p. 382).

somma per cui il giuramento si era fatto, ma anche crescerla oltre il *maximum* già prima determinato.

N. B. — Sul principio del commentario di

questo titolo dicemmo, che il suo sunto si darebbe insieme con quello del tit. IV, che completa la materia delle *Obbligazioni generali*.

TITOLO IV.

Delle obbligazioni che si formano senza convenzione.

(Decreto del 9 febbrajo 1804. — Promulgato il 19).

La convenzione, il contratto, cioè il mutuo consenso delle parti, è la più comune, ma non la sola sorgente delle obbligazioni. Il Codice in questo breve titolo pone fine alla materia delle obbligazioni considerate in generale, con le obbligazioni che non provengono da un contratto, e ne tratta nei seguenti diciassette articoli.

Notiamo già come i compilatori, non

ostante l'esempio di Pothier, abbiano diviso in due titoli cotesta materia che era una, dando il nome di *obbligazioni (obligations)* alle obbligazioni convenzionali, e alle altre il nome di *obbligazioni (engagements)* sebbene sieno tutt'uno un impegno ed una obbligazione. (Vedi nel volume II, parte II, le nostre osservazioni preliminari del titolo III).

1370 (1324). — Talune obbligazioni si contraggono senza che intervenga alcuna convenzione nè per parte di chi si obbliga, nè per parte di colui verso il quale egli si è obbligato.

Le une risultano dalla sola autorità della legge: le altre derivano da un fatto personale a colui che resta obbligato.

Le prime sono le obbligazioni che si formano involontariamente, come quelle

tra proprietari vicini, o quelle de' tutori e degli amministratori, i quali non possono recusare le funzioni che loro vengono conferite.

Le obbligazioni che nascono da un fatto personale a colui che resta obbligato, risultano o da quasi-contratti, o da delitti o quasi-delitti. Esse formano la materia di questo titolo.

SOMMARIO

I. Cattiva riduzione del Codice riprodotto da Toullier e da Duranton. — Divisione delle obbligazioni nate senza convenzione. — Significato della parola volontariamente.

II. Osservazioni su questa classificazione.

III. Altra censura dell'articolo. Confutazione dei falsi principi di Toullier.

IV. Continua la confutazione. Errori e contraddi-

zioni dello stesso scrittore.

V. Rimpioverci di Toullier al dritto romano, che egli non ha ben compreso.

VI. Il nostro articolo non pone, nè il dovea, l'obbligazione dei tutori nelle obbligazioni della legge, se non quando essi non possono dimettere il loro ufficio. Osservazione finale.

I. — Il primo paragrafo dello articolo inesattamente oppone alle obbligazioni convenzionali quelle che si formano senza al-

cuna convenzione nè per parte di chi si obbliga, nè per parte di colui verso il quale quegli si è obbligato. Una convenzione non

può farsi *per parte di un solo*, consistendo nel concorso delle volontà dei contraenti. Doveva dirsi *senza alcuna convenzione fra* quello... e quello..., ovvero volendo conservare le parole *nè per parte di chi si obbliga, nè per parte di colui verso il quale quegli si è obbligato*, doveva dirsi *senza alcuna volontà di obbligarsi*. Una convenzione, lo ripetiamo, non potrebbe aver luogo per parte di un solo: la obbligazione convenzionale suppone diverse volontà che concorrono a farla, ciascuna delle quali *ha luogo per parte* di ognuno dei contraenti, ma non suppone parecchie convenzioni. — Questo primo vizio della redazione dell'articolo non si concepisce, mentre Pothier, perpetua guida dei compilatori, diceva con molta esattezza sul principio di questa materia: « senza che vi sia alcuna convenzione *fra* le due persone » e nel seguente paragrafo: « senza che intervenga alcuna convenzione *tra* lo crede e i legatari (113) ». Egli non parlava di una convenzione che si formi per parte dell'una o per parte dell'altra persona. Del resto, siffatte inesattezze che rigorosamente si spiegano nei pratici, come Tronchet, Bigot ed altri, stralizzano ripetute da professori, come Toullier (XI) e Duranton (XIII, 629) che han seguito il linguaggio del Codice, anzichè quello di Pothier.

Le obbligazioni che nascono senza convenzione, derivano o da un fatto dell'uomo, o dalla sola autorità della legge. Il fatto dell'uomo da cui sorge una obbligazione è lecito o illecito; nel primo caso vi è quasi-contratto; nel secondo vi è delitto o quasi-delitto, secondo che il fatto illecito siasi compiuto con o senza intendimento di nuocere. *Il fatto dell'uomo* qui prendesi nel senso più lato; comprendendo tanto il fatto negativo, che il positivo e propriamente detto, il non fare, e il fare; vi sarà delitto o quasi-delitto quando, o con intendimento di nuocere o senza, avete cagionato un danno, tanto tralasciando di fare ciò che dovevate, quanto facendo ciò che non dovevate;

Dunque il Codice, seguendo Pothier, ha diviso in questo modo le obbligazioni non

convenzionali: 1° obbligazioni che provengono dal fatto dell'uomo (e che derivano da un quasi-contratto, da un delitto, da un quasi-delitto); 2° obbligazioni che esistono senza alcun fatto dell'uomo. Da questa divisione ben si comprende in qual senso il terzo paragrafo dell'articolo parli di *obbligazioni formatesi senza volontà* in contrapposto a quelle che sorgono dai quasi-contratti, dai delitti e quasi-delitti, le quali sarebbero pure obbligazioni *formatesi senza volontà*. La legge non chiama obbligazioni formate con volontà, o senza, quelle costituite con la volontà di obbligarsi, o senza, ma soltanto quelle che derivano oppur no da un fatto volontario, quelle nate dal fatto dell'uomo, o senza.

Così quando voi mi pagate 4,000 fr., che a torto supponiamo dovuti, io sono rispetto a voi obbligato (a restituirvi quella somma); il quale obbligo, secondo dice il nostro terzo paragrafo, si è formato volontariamente, non perchè vi sia stata volontà di obbligarvi, non essendovi stato il nostro intendimento, ma perchè l'obbligazione risulta da un fatto volontario che è il pagamento del danaro fattomi da voi, e ricevuto da me; il qual fatto, essendo lecito, costituisce un quasi-contratto. L'obbligazione del ladro di restituire ciò che ha rubato, si è formata volontariamente, non perchè egli abbia avuto la volontà di obbligarsi, ma perchè ha commesso volontariamente il furto, da cui si ingenera la obbligazione; il qual fatto essendo illecito, e compiuto con l'animo di recar danno, costituisce un delitto. Allorchè una casa che sta per crollare, non abbattuta nè ristorata dal proprietario, cade e ferisce alcuni che passano, l'obbligo di ristorare le vittime, e che sorge dal non aver fatto i lavori necessari, deriva pure da un atto di volontà dell'obbligato; egli avrebbe potuto prevenire il male, ed ha trascurato più o meno decisamente i lavori necessari all'uopo: vi è fatto dell'uomo, il quale, sebbene biasimevole ed illecito, non essendo stato cagionato con l'intendimento di nuocere, costituisce il quasi-delitto.

Per lo incontro l'obbligo di amministrare come tutore la persona e i beni di un minore, si è formato senza la mia volontà, essendo costretto ad accettare il carico. Parimente, l'obbligo di lasciarmi entrare nel mio podere, onde riprendere i vostri mobili trascinati da una inondazione, esiste senza alcun fatto dell'uomo nelle circostanze che lo hanno ingenerato.

II.—La distinzione del Codice è dunque la seguente: o l'obbligazione sorge da un qualche fatto dell'uomo (che secondo i casi è un quasi-contratto, o un delitto o un quasi-delitto); ovvero la obbligazione si forma senza alcun fatto dell'uomo, e allora deriva dalla legge, qualunque sia il modo e la circostanza in cui essa è nata.

Sebbene così si faccia una classe separata delle obbligazioni che nascono *dalla legge*, al postutto tutte le altre obbligazioni derivano ugualmente dalla legge; qualunque sia l'obbligazione civile deriva da un principio di equità naturale, sanzionato dalla legge positiva. Così la obbligazione che deriva dall'aver ricevuto l'indebito, deriva dal principio d'equità stanziato dalla legge, che nessuno si arricchisca a spese altrui. « Nei quasi-contratti, dice lo stesso Pothier, da cui fu tolta la classificazione del Codice, *la sola legge* ovvero *l'equità naturale* (doveva dirsi, *secondo la equità*; come *sanzione* dell'equità) genera l'obbligazione, rendendo obbligatorio il fatto da cui deriva (n. 114) ». — Nel delitto o quasi-delitto l'obbligazione deriva dallo aver la legge stabilito il principio di equità, che qualunque danno cagionato (con animo di nuocere ovvero senza) da un fatto non lecito, debba essere ristorato dal suo autore. — Da ultimo, nei contratti stessi, che Pothier nel n. 114 sembra mettere in opposizione sotto questo rapporto coi quasi-contratti, l'obbligazione deriva parimente dalla legge, da cui è sanzionato il principio d'equità, che ognuno debba attenere le sue promesse. Ciò è riconosciuto dallo stesso Pothier un po' più in là (n. 123).

Pertanto l'obbligazione deriva dalla legge in tutti i casi possibili, e tanto nelle pri-

me quattro classi indicate dal Codice che nella quinta; ma nelle prime quattro da canto alla legge vi ha un *fatto dell'uomo*, che manca nella quinta, ed il Codice, a distinguere le varie classi, usa il nome generico di fatto. Anche nel quinto caso vi ha qualche circostanza che determina l'intervento della legge, e qui, come negli altri quattro casi, il legislatore sanziona un obbligo di coscienza, di giustizia naturale che preesiste. La legge civile mi dichiara obbligato ad accettare il carico di tutore, perchè la legge naturale non vuol che resti indifeso il fanciullo di cui gl'interessi mi sono confidati; la legge che mi comanda di provvedere ai bisogni del padre indigente, stabilisce un obbligo che è nella mia coscienza. Ma siccome le varie circostanze che possono qui incontrarsi, non potrebbero comprendersi sotto una espressione generica, il Codice, seguendo sempre Pothier, denomina dalla legge medesima cotesta sorgente delle obbligazioni, bastando ciò per distinguere la quinta classe, poichè ognuna delle altre ha un nome diverso.

Così la obbligazione deriva: 1. *dal contratto* e dalla legge; 2. *dal quasi-contratto* e dalla legge; 3. *dal delitto* e dalla legge; 4. *dal quasi-delitto* e dalla legge; 5. infine da qualunque altra circostanza e *dalla legge*, la quale sebbene sia principio comune alle cinque classi di obbligazioni, dà un nome speciale all'ultima.

III.—Il nostro articolo ci ripete due volte nel secondo, e nel quarto paragrafo, che le obbligazioni non convenzionali risultanti dal fatto dell'uomo nascono da un fatto *personale a chi si è obbligato*. Altra inesattezza; perchè il fatto che per lo più obbliga il suo autore verso una persona, può alle volte obbligare questa verso quello, come si prova dagli art. 1374 e 1375 (1325 e 1329) in cui si parla di obbligazioni nate in mio vantaggio contro di voi; per la mia gestione di affari un fatto mio dunque può alle volte obbligare voi, perciò è inesatto il dire che le obbligazioni di cui trattiamo, risultino da un fatto *personale a chi si è obbligato*. La

quale inesattezza non è scusabile, poichè Pothier con la sua solita precisione diceva: « Dicesi *quasi-contratto* il fatto di una persona, permesso dalla legge, per cui è ella obbligata verso un'altra, ovvero è *obbligata una persona verso di lei* senza essersi formata fra loro alcuna convenzione (n. 113) ».

Toullier il quale non bada sempre alla mala redazione del Codice, ha voluto qui fargli un rimprovero senza alcun fondamento. Egli pretende (XI, 9, 310) che il secondo e quarto paragrafo corretti, come noi abbiamo detto, sono sempre incompleti e che devono mettere di fronte alle obbligazioni risultanti dalla legge, non solo quelle che provengono da un fatto personale, o a colui che è obbligato o a colui verso di cui si è obbligato, ma altresì quelle che nascono *per un caso fortuito*, e senza alcun fatto dell'uomo, per cui si aggiungerebbe in apparenza una sesta classe. *In apparenza*, diciamo, perchè non è ben chiaro se egli intenda farne una classe separata o comprenderla in una delle altre. Parrebbe anzi che egli riguardi coteste obbligazioni come una semplice suddivisione del delitto o quasi-delitto, perchè trattato nel primo capitolo dei quasi-contratti, discorre dei delitti e dei quasi-delitti nel secondo suddiviso in tre sezioni, nell'ultima delle quali tratta delle obbligazioni che derivano per un caso fortuito. Ma siccome non si può scorgere un delitto o un quasi-delitto, non essendovi *alcun fatto dell'uomo, alcun atto di volontà*, la divisione di Toullier può tenersi come falsa, e deve ritenersi aver egli voluto creare una sesta classe di obbligazioni.

Che che ne sia, certo è che il dotto professore non vuole che tali obbligazioni si noverino fra quelle derivanti dalla legge. La ragione porta da lui, e da noi già confutata, è che le obbligazioni non provengono *dalla legge sola*, poichè *vi è altro che la volontà della legge*, cioè il *caso fortuito*; allega poi l'autorità di Domat che ne fa pure una sezione separata nel titolo IX del secondo libro della prima

parte delle *Leggi civili*.

Per verità, non si potrebbe far peggio di quel che Toullier abbia fatto in questo luogo, nè sapremmo se si debba ridere di lui, ovvero compiangerlo quando aggiunge avere scritto tutte queste cose « *a fin di raddrizzare le idee dei giovani lettori e adusarli a ragionare esattamente!* »

IV.—Noi imposteremo su quest'altro errore di Toullier affin di raddrizzare le idee dei giovani leggitori (tanto spesso falsate dal dotto professore di Rennes) e di adusarli a ragionare esattamente.

E dapprima l'autorità di Domat non vi entra affatto. Sebbene egli in un titolo del suo libro secondo, discorra delle obbligazioni che si formano *per casi fortuiti*, pure non le oppone a quelle che nascono *dalla legge*, non parlando di queste in nessun luogo, come nè delle altre che derivano da quasi-contratti, da delitti o da quasi-delitti. Egli in un disegno, diverso da quello del dritto romano, e da quello del Codice, divide la materia delle obbligazioni in quattro libri, e trattato *particolarmente* nel primo delle obbligazioni convenzionali (vendita, permuta, locazione, prestito, società, ec.), discorre nel secondo *particolarmente e senza alcun'idea di generalizzare*, delle principali obbligazioni non convenzionali. Così avendo discorso in un titolo dei tutori, in un altro dei curatori, in un terzo degli amministratori delle comunioni, in un quarto dei gestori di affari, ecc. ecc. parla nel nono dei casi fortuiti. Or come Toullier ha potuto allegarlo per sostenere non doversi classificare le obbligazioni nate in occasione di un caso fortuito, nella generalità delle obbligazioni che sorgono dalla legge?

Ed erra gravemente Toullier dicendo, che le obbligazioni nate per casi fortuiti non possano noverarsi tra quelle che derivano *dalla legge sola*, perchè in questo caso vi è *qualche cosa che non è la legge*, cioè il caso fortuito. Vedemmo che in qualsivoglia obbligazione è sempre qualcosa diversa dalla volontà della legge; e che anche nelle obbligazioni che si dicono derivare dalla legge sola, è sempre qual-

che altra cosa, che non sia la volontà del legislatore, vi è sempre qualche circostanza da cui è sorta una obbligazione naturale che la legge approva, sanziona e muta in obbligazione civile. Così il mio obbligo di alimentare il vecchio genitore, che è di quelli che nel sistema del Codice derivano dalla legge sola, esisteva di certo nella coscienza, innanzi che la legge lo sanzionasse. Ove Toullier metterebbe costeta obbligazione? Non fra quelle che derivano dalla legge sola, poichè vi è altro che l'autorità della legge; non fra quelle che derivano dal caso fortuito, poichè non vi è caso fortuito. Si dovrebbe dunque creare una settima classe, poi un'ottava e poi una nona. Toullier s'inganna stranamente, immaginando che nelle obbligazioni che si dicono costituire la quinta classe e derivare dalla sola autorità della legge, non entri altro che la legge. Siccome la autorità della legge esiste necessariamente nelle quattro prime classi, non meno che nella quinta, così in questa, come in quella, entra qualche cosa, qualche circostanza da cui sorge la obbligazione naturale per cui la legge forma poi la obbligazione civile. Questa circostanza è qui il caso fortuito, p. e. la inondazione che ha trasportato i vostri mobili nel mio fondo, e per cui sono obbligato a farvi entrare nel mio podere affin di riprenderli. Quando dunque il Codice parla di obbligazioni derivanti dalla legge sola, in parola sola ha un senso relativo, non assoluto; la legge è sola perchè non accompagnata nè da un contratto, nè da un quasi-contratto, nè da un delitto, nè da un quasi-delitto; ma non si può dir sola assolutamente, perchè vi è stata sempre qualche circostanza per cui essa ha creato una obbligazione di ragione e di equità naturale.

Come non comprendere una idea ma-

nifestata insieme dalla ragione e dalla guida dei nostri compilatori, e dai lavori preparatori del Codice? Dalla ragione: si sa che il legislatore non è un fanciullo che si diletta di creare obbligazioni per il solo piacere di crearle, senza un grave motivo, una speciale circostanza, ed ha sempre creato obbligazioni che erano già imposte dalla giustizia, dall'equità, dalla legge di natura. Dalla guida dei compilatori; Pothier nel paragrafo 3 — della legge, spiega che la legge naturale è la causa mediata e prima di tutte le obbligazioni, e fatto ciò comprendere pei contratti, i delitti, i quasi-delitti, e poi pei quasi-contratti, lo mostra in fine per le obbligazioni che hanno per causa immediata la sola legge (1). Dai lavori preparatori; nei quali fra gli altri passi che annunciano questo pensiero leggesi il seguente: « Le obbligazioni di tal fatta son fondate sui grandi principi della morale, profondamente scolpiti nel cuore di tutti gli uomini, che dobbiamo fare agli altri ciò che vorremmo si facesse a noi nelle medesime circostanze, e che noi siam tenuti a ristorare i torti e i danni che abbiain potuto cagionare. Le disposizioni che sentirete leggere, sono tutte conseguenze, più o meno remote, ma necessarie di queste eterne verità. » (Fenet, tom. XIII, p. 465).

Del resto, Toullier non solo non ebbe compresa la idea, che in ogni sorta di obbligazione vi ha necessariamente qual cosa di diverso della autorità della legge; ma anche un'altra idea correlativa alla prima, cioè che l'autorità della legge è la causa da cui derivano al postutto tutte le obbligazioni, sorgano o da contratti, o da quasi-contratti, ec. ovvero dalla legge sola. Il celebre professore intorno a ciò ha seguito successivamente due sistemi contraddittori, ma entrambi falsi; per modo che ha

(1) La legge naturale e la obbligazione morale che impone, possono apparir meno in talune obbligazioni civili, ma si trovano in tutte. Così quando son costretto soffrire una spropriazione forzata per l'esecuzione di lavori pubblici, ovvero cedere la comunione del mio muro (come nell'ultimo esempio porto qui da Pothier) onde evitare perdite di terreno, il mio interesse privato è violato per lo

interesse generale; per cui si debbono eseguire i lavori pubblici e non rendere inutile alcuna porzione di terreno. — Il sacrificio di ogni particolare interesse allo interesse comune è imposto dalla coscienza, è un dovere molto più profondo e più secondo di conseguenze che di ordinario non si crede. Sul proposito si può leggere il quarto Studio della nostra Teodicea.

confutato il suo primo errore con un secondo. Il vero sta fra i due estremi da lui successivamente adottati. Nel tomo VI, (nn. 3 e 4) egli insegna che *l'obbligazione non ha mai altra causa efficiente che la legge civile*; di poi nel tomo XI, (nn. 2 e 6) egli censura a lungo cotesta idea, professando che se è così nella obbligazione non convenzionale, non lo è in *quella convenzionale*, che si forma con la sola volontà dell'uomo, e senza che punto intervenga la legge civile. La qual contraddizione deriva dall'aver Toullier separato due cose che son riunite nella obbligazione, il vincolo puramente morale e naturale; il vincolo puramente giuridico e civile. Egli, che riguarda senza saperlo l'oggetto ora da un lato ed ora dall'altro, abbraccia successivamente due idee contraddittorie, ciascuna delle quali è vera o falsa secondo l'aspetto sotto cui si considera, ma son false ed incomplete entrambe riguardate sotto il vero aspetto.

Sarebbe vera la seconda proposizione di Toullier, se il vincolo fosse puramente morale, puramente naturale; nel qual caso sarebbe l'obbligazione perfetta senza bisogno della legge, e per la sola efficacia del dritto naturale; se non che sarebbe così per qualunque obbligazione, e Toullier andrebbe errato con tutti i sistemi possibili, volendo distinguere sotto questo riguardo la obbligazione convenzionale da quella non convenzionale.

Per lo incontro, supposto un vincolo puramente giuridico, puramente civile, e supponendoci governati da una legislazione ordinata, come il dritto romano, senza badare alle regole di coscienza, e alle leggi naturali, la prima proposizione, quella del tomo VI sarà esatta, e l'obbligazione deriverà sempre ed unicamente dalla legge civile. Certo non ci voleva molto a veder ciò, ed evitare l'errore in cui cadde Toullier. Ma da una mano, noi qui non svolgiamo la obbligazione da filosofi, e sotto il rapporto morale, ma da giureconsulti, da comentatori del Codice e sotto il rapporto civile,

onde vien rigettata la seconda proposizione di Toullier. Dall'altra parte, noi la mercè di Dio non siamo più Romani nè siam governati più da una legislazione in cui il figlio non era parcente con la madre, in cui qualunque debito non formato secondo le forme sacramentali e le regole antinaturali del *jus civile*, non obbligava civilmente per quanto potesse esser valido in faccia alla ragione; siamo sotto una legislazione che ha per base la equità, la ragione, la natura medesima delle cose, per cui si rende falsa e non può accettarsi la prima proposizione di Toullier.

Adunque il nostro Codice intende sanzionare i principi dell'equità; l'obbligazione del nostro dritto fraucee costa ad un tempo del vincolo morale, e del giuridico; la obbligazione naturale diventa legalc e civile, sanzionata che è dal dritto positivo. Quindi è errore il dire che l'obbligazione derivi unicamente dalla legge civile, perchè innanzi tutto viene dalla legge naturale; è pure errore il dire che possa alle volte non derivare dalle leggi civili, perchè non può esistere *vincolo civile altrimenti* che per la *legge civile*; è errore in fine il distinguere sotto tal rapporto dalle altre obbligazioni quelle che si formano coi contratti. — Così in qualunque sorta di obbligazione la legge naturale è la causa mediata, prima e più remota, e la legge civile la causa immediata, definitiva e più prossima; la obbligazione racchiude, oltre il vincolo giuridico che deriva dal dritto civile, il vincolo morale che deriva dalla coscienza. La cosa non è ella semplicissima?

A cotesto Toullier che non ostante il suo genio (perchè egli era un genio di fronte a Pothier) non avea saputo comprendere le idee dell'altro; a lui che nella materia delle obbligazioni avea commesso così gravi errori che furono evitati dal suo giudizioso preeursore; a lui che avea adottato senza alcun criterio la meschina distribuzione delle materie che i nostri compilatori sostituirono al disegno cotanto logico del giureconsulto di Orléans (1), si osava scrivere nel

(1) V. le pagine 10-12 del tom. I della quarta edizione, e i rimandi in essa indicati; e in que-

sto tomo quinto l'art. 1318 (1272), n. VI (vol. III, part. I di questa ediz.).

1815. « Voi potete esser lieto di aver tinto di gran lunga Pothier. La vostra opera è più dotta, più fortemente ragionata, MEGLIO DISTRIBUITA della sua! »

V.—Toullier non è meno infelice nel paragonare il sistema del Codice Napoleone con quello del dritto romano, e nel censurare quest'ultimo.

Nel sistema dei giureconsulti romani l'obbligazione deriva da due principali sorgenti, il Contratto e il Delitto (*Contractus-Delictum* o *Maleficium*) che sole hanno un nome speciale; a questa o a quella secondo i casi si rannodano e pareggiano le mille diverse circostanze dalle quali sorge una obbligazione senza nè delitto nè contratto. Così sorta una obbligazione non da un contratto nè da un delitto, si vedrà se il fatto che l'ha generato possa recarsi in colpa: se sì, l'obbligazione è formata come se provenisse da *UN DELITTO*; se no, come da *UN CONTRATTO*. Quindi tutte le obbligazioni derivano o da un contratto o come da un contratto, o da un delitto o come da un delitto. Giustiniano dice: *aut ex contractu sunt, aut quasi ex contractu, aut ex maleficio, aut quasi ex maleficio* (Inst. lib. 3, tit. 13, § 2).

Si noti che l'obbligazione allora non sorge come da noi, da un *quasi-contratto* o *quasi-delitto*, ma come da un contratto, come da un delitto: ne' testi romani non si legge *EX QUASI CONTRACTU, EX QUASI DELICTO*, ma *quasi ex contractu, quasi ex delicto*. Certo i Romani avrebbero potuto dire *quasi-contractus, quasi-maleficium*, come dicevano *quasi-ususfructus*; ma con cotesti modi non avrebbero ben rilevato la loro idea. Colui cui pago una somma non dovuta è tenuto a restituirmela nel sistema romano, non per un *quasi-contratto*, ma come per un contratto; non perchè vi è

stato *UN QUASI PRESTITO*, ma come se vi fosse stato *UN PRESTITO*; le *Instituta* riproducendo il testo di Gajo dicono: *Quasi ex contractu debere videtur... PERIUS AC SI MUTUUM ILLI DARETUR* (tit. 27, § 6). In Roma non vi è *quasi-contratto, quasi-delitto*, ma il contratto e il delitto a cui si aggiungono moltissime circostanze senza nome, senza qualifica, nelle quali si è obbligato come se vi fosse stato *contratto*, ovvero *delitto*.

Toullier non ha compreso nè sospettato la differenza della teoria romana da quella del nostro Codice. Movendo dalla falsissima idea, che i Romani al pari di noi facevano derivare le obbligazioni dai contratti, dai delitti, dai *quasi-contratti* e dai *quasi-delitti*, fa loro il rimprovero (XI. numeri 10 e 15), di non aver mai definito i quasi-contratti, specialmente di aver novate le obbligazioni dei tutori fra quelle che derivano dai quasi-contratti, mentre secondo lui debbono derivare dalla legge, poichè il fatto di chi diventa suo malgrado tutore, non è punto volontario nè può formare il quasi-contratto (1).

Che dire poi di siffatta censura? I testi romani non han mai dovuto desioire il quasi-contratto, perchè per dritto romano non era ammesso. Quanto alla obbligazione forzata dei tutori, semplicissima è la differenza fra la legislazione romana e la francese, le quali son logiche l'una e l'altra. Fino a che le obbligazioni che si formano senza contratto e senza delitto, si sono riguardate come derivanti da un quasi-contratto (cosa e idea affatto ignote), ma come da un contratto, qualunque circostanza, o condizione (da cui si generano le obbligazioni) che non offrisse nè contratto nè delitto, nè porgesse alcuna cosa imputabile, faceva logicamente dire che la obbligazione

(1) Toullier allega l'autorità poco competente di Fergusson. — Ma mette in bocca al filosofo Scozzese quel che non dice, cioè che il dritto romano ha fatto derivare dal quasi-contratto le obbligazioni reciproche del tutore e del pupillo mentre derivano dalla legge. Fergusson non parla nè della legge, nè del quasi-contratto, ma dell'equità e del contratto: *Thus mutual pleas of guardian and ward, which arose from equity, were sustained, in the*

roman law, as arising from contract. » (Instit. of moral philos.). — Quest'idea è falsissima. La legge romana non fa derivare le obbligazioni del tutore nè dal quasi-contratto (che neppur conosce) nè dal contratto, ma dice soltanto che esistono come se vi fosse un contratto, il che non toglie che abbiano per causa immediata la legge, e per causa mediata e prima la equità.

era nata come da un contratto, come la condizione di chi suo malgrado è tutore. Ma immaginato il quasi-contratto, si è dovuto far derivare da cotesta causa di obbligazione, una *parte* di quelle che pria si dicevano derivate come da un contratto; ma non già quelle le quali costituirebbero il *quasi-contratto*, perchè vi era un *fatto dell'uomo*, un atto di volontà. Dunque sostituitasi alla classe delle obbligazioni, formate *come da un contratto*, quella meno estesa delle obbligazioni formate *da un quasi-contratto*, si è dovuto aggiungerne una quinta per le obbligazioni che secondo il nuovo sistema derivavano dalla terza, cioè quelle nelle quali non è alcun fatto dell'uomo. Così il Codice ammette come quinta sorgente l'autorità della legge, non conosciuta in Roma, e nella quale si comprende oggi la obbligazione forzata dei tutori.

Pertanto Toullier va gravemente errato in tutte queste idee; e dagli sviluppi dati a *fin di raddrizzare le idee dei giovani leggitori*, son rampollati molti errori.

VI.—Tra le obbligazioni che si contraggono senza volontà (cioè senza alcun fatto dell'uomo, senza alcun atto, positivo o negativo, della volontà e che formano quindi la quinta classe, val dire le obbligazioni che derivano *dalla legge*) si comprendono

specialmente nel nostro articolo le obbligazioni dei tutori o altri amministratori *che non possono rifiutare* i loro uffici, non che quelle stabilite dalla legge fra i proprietari vicini.

Si parla soltanto dei tutori *che non possono recusarsi*, perchè l'accettazione *volontaria* dei tutori o altri amministratori, i quali potevano o no accettare l'ufficio a loro deferito, farebbe un quasi-contratto, e perciò le obbligazioni che ne derivano si comprenderebbero nella seconda classe.—Trattammo già delle obbligazioni legali fra proprietari vicini di cui si occupano due primi capitoli del titolo *Delle Servitù*; le quali obbligazioni sono servitù impropriamente dette, come noi osservammo (articolo 639 (564)).

La classe delle obbligazioni che derivano dalla legge, comprende altre molte obbligazioni, oltre quelle porte qui come esempio. Vi si comprendono assolutamente tutte le moltissime obbligazioni, che non derivano nè dai contratti o quasi-contratti, nè dai delitti o quasi-delitti, e massime, come abbiain detto, quelle nate per effetto di casi fortuiti.

Veniamo ora alle regole speciali del nostro titolo, che in due capitoli tratta 1. dei quasi-contratti; 2. dei quasi-delitti.

CAPITOLO PRIMO

DE' QUASI-CONTRATTI.

1371 (1325).—I quasi-contratti sono i fatti puramente volontari dell'uomo, dai quali risulta una obbligazione qualunque

verso un terzo, e talvolta una obbligazione reciproca delle due parti.

SOMMARIO

I. *Censura della legge pei quasi-contratti. Definizione incompleta del testo.*

II. *Differenti casi di quasi-contratto. L'accettazione d'una successione è pure uno dei casi?*

Inesattezza dell'opinione comune intorno a ciò.

III. *Quid delle regole di capacità in materia di quasi-contratto?*

I. — La definizione del quasi-contratto, che non è completa, basta a giustificare la censura da noi fatta di quella delle ob-

MARCADÉ, Vol. III, p. I.

bligazioni che si formano senza convenzione, ma volontariamente, le quali, si dice, nascono da un *fatto personale a colui che*

si *obbliga*. Essa prova che le vicendevoli obbligazioni del gestore col proprietario, e di questi con quello nella gestione di affari, le prime indicate dagli art. 1362 e 1364 (1316 e 1318), le altre dall'articolo 1375 (1329), si riguardano, nel sistema del Codice, come derivanti tutte del quasi-contratto di gestione; prova pure che il Codice ha pienamente adottato il sistema di Pothier, che dice: « Il fatto di una persona da cui sorge una obbligazione verso un terzo, ovvero la *obbligazione del terzo verso di quella* ».

Sarebbe stato forse più logico far derivare dal quasi-contratto della gestione di affari, le sole obbligazioni del gestore nate dal fatto volontario di costui, e far derivare dalla autorità della legge le obbligazioni del proprietario nate per un fatto a lui straniero, e che per lui val tanto quanto un caso fortuito. Similmente, mentre secondo il nostro articolo, sorge dal quasi-contratto la obbligazione del pupillo e dell'interdetto verso un tutore che accetta ben volentieri, e che è tenuto non più in forza della legge, ma per un quasi-contratto, risulterà sempre dalla legge nel sistema di cui parliamo; il che secondo noi sarebbe più ragionevole. Perché, come mai può mutarsi la sorgente della obbligazione dell'interdetto o del pupillo per avere il tutore accettato volentieri o per necessità? Il povero demente o il minore non sono forse legati senza che sappiano ciò che si facciano, senza alcun atto di volontà, sia con un tutore libero che con un tutore forzato? Forse la loro obbligazione non deriva dalla sola forza della legge (che sanziona una regola di equità) tanto nell'uno che nell'altro caso? A noi sembra dunque, che il sistema del Codice è men logico di quello romano, che, non compreso da Toullier, fu anteposto al primo: finché si è trattato di obbligazioni che esistono *come se vi fosse stato contratto*, e senza determinare la loro sorgente, si è potuto logicamente comprendere tutte le obbligazioni formate involontariamente, e fra le altre quelle dei pupilli e quelle dei tutori forzati. Ma ristretta questa classe alle obbligazioni che risul-

tano dal *fatto volontario* detto quasi-contratto, si debbono, secondo noi, ritogliere non solo le obbligazioni involontarie dei tutori forzati e dei loro pupilli, ma altresì le obbligazioni *egualmente involontarie* del minore o del demente il cui tutore è libero. A questo modo si sarebbe detto esattamente ciò che l'articolo precedente dice non esattamente: che le obbligazioni della seconda, terza e quarta classe si formano *volontariamente*, con un atto di volontà *dell'obbligato*, per un fatto *personale a quest'ultimo*, e si sarebbe potuto facilmente scorgere la differenza fra le obbligazioni che derivano dal *fatto dell'obbligato*, e quelle che si formano *senza alcun fatto dell'obbligato*. Ma la legge, che pareva avere adottato cotesto sistema nello art. 1370 (1324), lo abbandonò poi nel nostro; restando legalmente diverse le obbligazioni che nascono senza alcun fatto dell'uomo, e quelle che derivano da un fatto dell'uomo (non importa se derivi dall'obbligato o dall'altra parte).

Questa ultima idea senza alcun dubbio ha voluto manifestare la legge; l'articolo 1370 (1324) fu mal redatto e mal riprodusse il sistema di Pothier adottato dai compilatori; i quali, in generale, non esatti nelle definizioni, in questo titolo, da una parte, trascurano del tutto nel capitolo secondo di definire i delitti e i quasi-delitti, e dall'altra, danno al quasi-contratto una definizione che conviene parimente ai delitti e quasi-delitti. Costituisce quasi-contratto, secondo l'articolo, *un fatto volontario da cui deriva una obbligazione verso un terzo*; p. e. Un furto è un fatto volontario da cui deriva una obbligazione verso un terzo! un furto sarebbe dunque un quasi-contratto! I compilatori, sebbene seguaci di Pothier, trascurarono qui la idea essenziale che distingue il quasi-contratto dai delitti e quasi-delitti, che è il fatto *lecito e non riprensibile*; idea espressa così da Pothier: *Dicesi quasi-contratto il fatto di una persona, permesso dalla legge, che obbliga*, cc. (n. 113).

II. — Il nostro capitolo si occuperà di due quasi-contratti, la gestione degli af-

fari altrui (art. 1372, 1377 (1326, 1331)), e del fatto di aver ricevuto un indebito (art. 1378, 1381 (1332, 1335)); ma hen si comprende che ve ne siano altri.

I tutori, tutori surrogati, ec. che si sobbarcano agli uffici loro deferiti, potendo esimersene, formano un quasi-contratto, dappoichè da una mano, non vi ha alcuna convenzione, e dall'altra essi accettano volontariamente l'ufficio. L'amministrazione della cosa comune, tenuta da uno dei comproprietari, non essendovi nè società fra essi, nè mandato al comproprietario gerente, forma del pari un quasi-contratto; e i suoi effetti, come l'indole sua stessa lo manifesta, son governati per analogia dai principi del contratto di società combinati con quelli del quasi-contratto di gestione degli affari altrui.

Ammettessi in generale, che l'accettazione d'una eredità sia pure un quasi-contratto, non già fra l'erede e i creditori ereditari; ma fra l'erede e i legatari. Idea inesatta; il quasi-contratto se in quel caso esiste, esisterà tanto verso i creditori che verso i legatari.

Le obbligazioni a cui l'erede accettando è tenuto verso i creditori ereditari, non incominciano, non si formano da quando egli accetta; esistevano prima, si trasmettono solo dal defunto allo erede presso cui hanno la medesima sorgente, la medesima data che per lo innanzi; e siccome il quasi-contratto è il fatto (volontario e lecito) da cui sorge la obbligazione, sembra non potervi essere quasi-contratto, poichè non si genera la obbligazione. Ma l'accettazione non ingenera nello erede la necessità giuridica, l'obbligo di adempiere rispetto ai creditori i debiti del suo autore, come ingenera nei debitori ereditari l'obbligo di riconoscere l'erede, come colui che surroga e continua la persona del defunto con tutti i suoi dritti? Non è quindi l'accettazione della eredità, anche oltre quanto concerne i legati, un fatto (volontario e lecito) che ingenera obbligazione, che crea un legame giuridico fra le persone, e di conseguenza un quasi-contratto?

Tale è per le obbligazioni verso i lega-

tari. Di certo i debiti di legato, differentemente dagli altri, non si trasmettono dal defunto all'erede, poichè non eran debiti di quello; di certo l'obbligazione di soddisfare il legato e il credito del legatario incominciano alla morte del testatore, e quando appunto nasce il debito (cioè all'apertura della successione) l'obbligazione è dello erede di cui l'accettazione retroagisce. Ma non perchè nascono insieme il debito e l'obbligazione dell'erede, deve inferirsi, come di ordinario si fa, che derivino da una medesima causa, cioè dalla accettazione dell'eredità.

Questa è la causa che impone allo erede il debito del legato (come i debiti preesistenti verso i creditori ereditari) ma non è la causa da cui sorge il debito. Che il debito del legato, il credito del legatario non sorgono dall'accettazione dell'erede, si pruova da ciò, che rinunziata da tutti gli eredi, ed anche dallo Stato una eredità su cui si fossero legati 20,000 fr., il legatario sarebbe sempre creditore dei suoi 20 mila fr. che potrebbe farsi pagare dai beni ereditari, dalla persona morale della eredità. Dunque il credito del legatario, il debito del legato non sorgono dalla accettazione dell'erede; al momento della morte, indipendentemente e senza la condizione di una futura accettazione, sorgono essi per la sola volontà della legge che dà tutta la efficacia alle ultime volontà regolarmente manifestate. L'accettazione impone unicamente allo erede la obbligazione preesistente, la quale, ov'egli rinunzii, graverà o su di un altro erede, o sullo Stato, o sulla medesima eredità; e se l'accettazione è un quasi-contratto, se ingenera obbligazione, lo è, come rispetto ai creditori ordinari, perchè l'erede si obbliga a tener come suo un debito preesistente.

Quindi, nell'uno come nell'altro caso, le obbligazioni non s'ingenerano dal fatto dell'accettazione dell'eredità; ma per tal mezzo l'erede le impone a se e fa sue. Non si comprenderebbe perchè Pothier (n. 115), e molti altri dopo lui, abbiano detto che l'accettazione formi un quasi-contratto solo rispetto ai legatari.

Noi crediamo sarebbe più esatto il dire, non esservi quasi-contratto nè rispetto ai legatari nè rispetto ai creditori o debitori ereditari; che l'accettazione dell'eredità non fa ingenerare le obbligazioni propriamente dette, ma le fa soltanto passare da una persona ad un'altra, e quindi è una maniera di trasmettere la proprietà dei dritti tanto personali che reali; che la necessità giuridica di dover l'eredità sostenere come suoi i debiti ereditari verso i creditori e i legatari, come altresì la necessità giuridica di dovere i debitori ereditari tener lo erede per loro ereditore, in nome della eredità, non sono obbligazioni propriamente dette, ma piuttosto semplici applicazioni dei doveri generali che derivano dal trasmettersi il patrimonio mercè la accettazione; che da una mano, la necessità di dovere i debitori ereditari riconoscere per loro ereditore lo erede è il dovere di rispettare sempre l'altrui proprietà, essendo l'eredità divenuto legalmente proprietario dei erediti ereditari; che similmente la necessità di riconoscere lo erede come suoi i debiti verso i creditori e i legatari, è un dovere che scaturisce dal possesso del patrimonio attivo e passivo, e non potrebbe porgere la idea di una obbligazione propriamente detta, che non si comprende distinta da ciascuno dei debiti che si vogliono soddisfare; che quindi, al postutto, l'accettazione della eredità è una maniera d'acquistar la proprietà, ma non una causa generatrice di novelle obbligazioni, e non potrebbe perciò costituire il quasi-contratto.

Non dimeno resti la idea che l'accettazione costituisce un quasi-contratto, professata da Pothier, e dai compilatori generalmente; ma osserviamo che si applica necessariamente tanto rispetto ai creditori e debitori, che rispetto ai legatari (1).

E siccome per il fatto della accettazione i debitori ereditari, secondo tal sistema, sono nella necessità giuridica, in una sorta di obbligazione di riconoscere lo erede per ereditore, un quasi-contratto se può ingenerare

obbligazione 1. presso l'autore del fatto soltanto, e 2. presso i terzi e insieme presso l'autore del fatto; può alle volte ingenerarne pure 3. presso i terzi soltanto e senza reciprocità; in guisa che la definizione del nostro articolo; aggiungendo alle obbligazioni dell'autore del fatto quelle reciproche delle parti, è troppo stretta e meno esatta di quella di Pothier.

III.—Poichè il fatto che costituisce il quasi-contratto può ingenerare obbligazioni, non solo nell'autore del fatto, ma anche in una terza persona, a sua insaputa, e quindi non è necessaria la volontà di quest'ultima, perchè il quasi-contratto si rechi in atto e produca i suoi effetti, anche reciproci; tutte le persone, anche i dementi, possono con il quasi-contratto, che risulta dal fatto altrui, obbligare il terzo verso di loro ed essere obbligati verso di lui; come avviene nei pupilli e gl'interdetti, i tutori di cui accettano ben volentieri l'ufficio (Pothier, n. 215).

Se per formarsi il quasi-contratto non è bisogno del senno di colui che non ne fu l'autore, è necessario in quest'ultimo, poichè il quasi-contratto dev'essere un fatto volontario, un atto di volontà. Non sarebbe dunque un quasi-contratto il fatto di un demente o quello di un fanciullo senza ragione. Ma se vuolsi che l'autore del fatto abbia l'uso della sua volontà, la piena intelligenza dei suoi atti (essendo il quasi-contratto un fatto volontario), non è necessario che abbia la capacità di obbligarsi, di consentire; e quindi un pupillo di 18 o 20, anni sarebbe obbligato (poichè coteste obbligazioni non derivano dal consenso, ma dal fatto stesso e senza lo intendimento di obbligarsi). Ma siccome il minore può esser restituito per lesione, in ogni sorta di obbligazioni, escluse quelle che provengono dal suo delitto, o quasi-delitto, resterebbe soltanto obbligato in quanto si fosse arricchito. Se vi fosse colpa da parte sua, vi sarebbe quasi-de-

(1) Ed anzi, perchè l'eredità con l'accettazione rende realmente suoi i debiti e erediti del defunto, i quali diventano suoi erediti e debiti personali. I legati restano, al contrario, dopo la sua ac-

cettazione, debiti dei beni ereditari, di cui l'eredità è tenuto solo fino alla concorrenza dei beni, come terzo detentore, e non mai personalmente.

lito, e quindi egli sarebbe tenuto per l'intero (art. 1310 (1264)).

Esaminati questi vari punti, che sono i più di pura teoria, ma che noi dovevamo

qui trattare, almeno per la dirittura delle idee, veniamo alle regole pratiche dei due quasi-contratti, di cui si occupa il Codice.

§ 1. — Della gestione di affari.

1372(1326).—Quegli che volontariamente intraprende un affare altrui, tanto se il proprietario ne sia conscio, quanto se lo ignori, contrae una obbligazione tacita di continuare l'amministrazione che ha incominciata, e di condurla al termine, sino a che il proprietario sia in istato di provvedervi egli stesso: debbe egualmente incaricarsi di tutte le conseguenze del medesimo negozio.

Egli si sottopone a tutte le obbligazioni che risulterebbero da un espresso mandato avuto dal proprietario.*

I.—Colui che senza mandato alcuno si fa gestore di un affare altrui, va soggetto (*contrae*, dice impropriamente la legge) alle obbligazioni che sorgerebbero da un mandato formalmente accettato per quello affare. Quindi deve continuare la amministrazione, sino a che il proprietario, o gli eredi di lui, possano provvedervi essi stessi, e l'amministrazione deve comprendere tutto ciò che possa dipendere dallo affare. La maggiore o minore estensione della espressione *dependenze* (*dependences*) sarà valutata secondo le circostanze. Coll'intraprendere egli lo affare, non ha impedito che altri gestori, amministrino certe parti che possono a quello affare riannodarsi? Quali sono le cose di cui si è dovuto credere incaricato? Spetterà al magistrato il valutarle.

La legge, incaricando il gestore di continuare l'amministrazione fino a che si pre-

1373 (1327). — È tenuto a continuare l'amministrazione, ancorchè il proprietario muoia prima che il negozio sia terminato e fino a che l'erede abbia potuto intraprenderne la direzione.**

1374 (1328).—È tenuto ad usare nella amministrazione dell'affare tutte le cure di un buon padre di famiglia.

Nondimeno le circostanze che lo hanno indotto ad incaricarsi dell'affare, possono autorizzare il giudice a moderare i danni e gli interessi derivati da colpa o da negligenza nell'amministrazione.

sentino gli eredi (art. 1373 (1327)), morto che è il proprietario, si è addimostrata più severa verso di lui che verso un mandatario, il quale vi è tenuto se dal ritardo possa derivarne pericolo (art. 1991 (1863)).

Il gestore dev'esser meno favorito del mandatario, poichè si è ingerito in un affare, non essendone stato richiesto. Altronde egli potrebbe certamente ritirarsi, vivente o morto il proprietario, se fosse ciò necessario per lui, dando i convenevoli provvedimenti, surrogando altro gestore, avvisando i parenti del proprietario, ecc., insomma facendo una ritirata non intempestiva nè pregiudizievole.

Egli deve dar conto della sua amministrazione più severamente che non un mandatario; pure si sarà più o meno severi secondo i casi; men severi certamente riguardo un tale che per semplice devozione al proprietario ha amministrato

* Il corrispondente art. 1326 fu così espresso: « Quegli che volontariamente si fa gestore di un negozio altrui, tanto se il proprietario ne sia conosciuto, quanto se lo ignori, ec. ».

— La gestione degli affari è una maniera di rappresentare l'altrui personalità nei soli negozi stragiudiziali. Essa non può applicarsi ai giudizi senza gravi inconvenienti. In conseguenza, alcuno che non sia l'interessato, o procuratore di lui, non

può istituire un' azione contro un terzo qualificandosi gestore di affari di colui, con cui il terzo abbia delle relazioni giuridiche. C. S. di Napoli, 6 febbraio 1835. Mensa arcivescovile di Anglona e Turser e Costanzo — Relatore Caracciolo, P. M. Falcone — (Rigetto).

**—Chi spontaneo si offre ad amministrare, non può intempestivamente rinunciare. C. S. di Napoli, 17 settembre 1838.

un difficile affare, di cui nessuno volea prendersi cura; che verso colui che ha intrapreso un affare, che altri erano prontissimi ad amministrare. Queste ed altre simiglianti circostanze saran valutate per determinare i danni-interessi, caso vi sia negligenza.

Se il gestore avrà surrogato alcuno nella sua amministrazione, il proprietario potrà direttamente dirigersi insieme e contro il surrogato, e contro il gestore (1994-2° (1866), § 2°).

II.—La legge dice: o il proprietario conosce o pur no l'amministrazione. Se la conosce, non vi è forse un mandato tacito? È vero che l'art. 1985 (1857) parla di mandati dati *per iscritto* o *verbalmente*, e quindi di mandati espressi; pure, poichè anche in Roma il mandato era puramente consensuale, nessun dubbio che si possa formare tacitamente.

Di leggieri si comprende come impor-

1375 (1329). — Il proprietario il cui affare è stato bene amministrato, dee adempire le obbligazioni che il gestore ha contratto in suo nome; dee farlo indenne da

tante sia la quistione. Infatti, se vi è tacito mandato, quando il proprietario conosce l'amministrazione, il gestore, in forza di esso, avrebbe dritto di pretendere il ristoro di tutte le spese fatte in esecuzione di esso, fossero pure *inutili* (art. 1399 (1871)), mentre se dev'essere tenuto come gestore, avrebbe dritto soltanto alle spese utili (art. 1375 (1329)). — Vi è dunque mandato tacito, quando il proprietario conosce l'amministrazione?—Cotesta quistione non può risolversi in modo assoluto, perchè gli elementi essenziali per la sua soluzione debbono trovarsi in moltissime circostanze di fatto. Il proprietario ha potuto conoscere in generale l'amministrazione, e non già le sue specialità, non ha potuto impedire questo o quel fatto speciale perchè tardi da lui saputo. Spetterà dunque al magistrato il valutare queste cose.

quelle che ha personalmente assunte; e rimborsarlo di tutte le spese utili o necessarie che ha fatte.*

SOMMARIO

I. *Obbligazioni del proprietario verso il gerente. Che cosa s'intende per gestione utile.*

II. *Il proprietario può, in conseguenza della gestione, avere delle obbligazioni e dei crediti diretti verso i terzi. Il gerente ha dritto agl'interessi delle sue spese dal giorno in cui le ha fatte.*

III. *Colui che ha avuto la gestione di un affare*

altrui, credendolo suo, avrebbe egualmente dritto al ristoro delle spese utili. Errore di Zachariae.

IV. *Colui che ha amministrato non ostante il divieto del proprietario, ha dritto al ristoro di ciò di cui quello si è arricchito. Errore di Toullier e di Zachariae.*

I.—I tre precedenti articoli ci espongono le obbligazioni del gestore verso il proprietario, questo quelle del proprietario verso il gestore. Perchè il proprietario sia obbligato verso il gestore, è necessario che lo affare sia bene amministrato, che si tratti di cosa utile. Il nostro articolo parla del proprietario di cui l'affare è stato bene

amministrato, e vuole che egli ristori le spese *utili* (dice *utili* o *necessarie*, ma la prima espressione comprende l'altra).

Quindi è giusto che il gerente non abbia un'azione per un affare *non buono*, mentre il mandatario l'avrebbe (art. 1999, § 2 (1871)).

Ma per conoscere se una intrapresa fosse

* — Il gestore di negozi non ha dritto a pretendere compenso. C. S. di Napoli, 18 ag. 1840.

— L'avvocato non ha diritto a potere pretendere compenso per la difesa eseguita senza mandato:

neppure come utile gestore, quando il vantaggio ad altrui deriva da soli motivi estranei. C. S. di Napoli, 3 giugno 1851.

utile o pur no, non è necessario riguardarsi assolutamente lo evento, ed unicamente il vantaggio presente che ne ricava il proprietario, ma deesi risalire al principio dell'operazione. Un affare poteva utilmente intraprendersi, e un accidente impreveduto non l'ha fatto riuscir buono. Quindi il proprietario non è tenuto a niente sol quando lo affare non è buono in se, e fin dal principio, e la spesa è realmente inutile ed imprudente: il gestore è allora punito della sua temerità.

II. — Il gestore ha potuto contrarre obbligazioni o in nome del proprietario o in nome suo. Il proprietario deve ristorare il gestore delle ultime che quello è tenuto ad adempiere, ed egli stesso deve direttamente adempiere le prime, per modo che per l'amministrazione tenuta da altri il proprietario può avere obbligazioni dirette verso i terzi, e crediti diretti contro loro.

Del resto, quando pure il gestore si è obbligato nel suo nome, il terzo può agire tanto contro il gerente, che contro il proprietario per analogia del mandato (articolo 1998 (1870)) e a fin di evitare il circolo delle azioni. Viceversa, il terzo non avrebbe azione contro il proprietario (anche quando il gestore ha contratto in nome di costui) se lo affare è inutile, poichè allora il proprietario non è tenuto a niente. Il terzo può solo rivolgersi contro il gerente non in forza di un contratto, poichè il contratto non era fatto in nome di lui, ma in forza di un quasi-delitto, per il danno cagionatogli dalla sua imprudenza (art. 1382, 1383 (1336, 1337)).

Per analogia del mandato (art. 2001 (1873)), il gestore ha dritto agli interessi delle sue spese dal giorno che l'ha fatte; come sorge dall'art. 2028 (1900), poichè per gl'interessi dà un'azione a qualunque fideiussore che ha pagato pel debitore, non distinguendo se avesse o no ufficio di mallevare, cioè se vi fosse stato mandato o semplice gestione.

III. — Zachariae (III, p. 182) insegna che le sopradette regole non si applicherebbero a quello che ha amministrato lo

affare altrui per errore, ritenendolo proprio. Egli dice, aver lui solo regresso per lo ammontare del vantaggio che cava il proprietario, e non già per tutte le spese, sebbene fatte utilmente, in circostanze in cui il proprietario le avrebbe certamente fatte, non avendo ottenuto un buon risulamento per qualche speciale accidente. Egli crede che il proprietario è allora tenuto per l'autorità della legge, secondo il principio che nessuno debba arricchirsi a spese altrui, e non già per il quasi-contratto di amministrazione di affari, perchè il gestore non ha inteso obbligare altrui, non sapendo che era un affare altrui. Errore secondo noi; il quasi-contratto di amministrazione si rinvie in qualunque gestione di affari altrui, quand'anche s'ignori di appartenere ad altri, e non si abbia lo intendimento di obbligarli.

Ricevendo un indebito, io sono obbligato di pagarvi i 1,000 fr. ricevuti, eppure io ignorava di non essermi dovuti: non era nè mio nè vostro intendimento che io mi obbligassi con voi. Dunque, se il fatto che costituisce il quasi-contratto, deve essere volontario, non bisogna che sia tale nel senso che sia fatto senza errore intorno alla sua natura e con la volontà di obbligarli. E ciò è stato sopra spiegato. L'equità non si accorda con questi principi? Non dovreste voi tenermi ragione del mio danaro speso utilmente per voi e quando voi lo avreste pure speso?

IV. — Non potremmo nemmeno ammettere quest'altra idea del medesimo scrittore, sebbene conforme a quella di Toulhier (XI, § 62), che colui che si è fatto gestore di un affare, malgrado il divieto del proprietario, non possa niente pretendere, nè pure ciò di cui quegli si sia arricchito, e deve legalmente stimarsi avergli voluto *far regalo* del suo. Non comprendiamo come alcuni interpreti del nostro Codice, così attaccato all'equità, tentino di riprodurre la dottrina di Giustiniano, intorno alla quale le opinioni dei giureconsulti romani eran divise, dottrina rigettata già da Pothier (Q. C. *neg. gest.*, numero 184). Uno dei principi fondamentali

del nostro Codice è, non doversi mai arricchire a spese di chicchessia, anche di un ladro. Voi dovete quindi ristorarmi di ciò di cui vi siete arricchito a spese mie. È incredibile intorno a ciò la dottrina di Toullier, il quale dice, che per applicarsi cotesta regola abbisognano due condizioni: 1° che sia *cum alterius detrimento*; 2° che sia *cum injuria*, cioè *sine jure*, in onta ai principi del dritto; aggiungendo che nessuna di tali condizioni vi è, quando alcuno s'ingerisce negli affari altrui contro il formale e speciale divieto del proprietario. Ma come mai il *cum alterius detrimento* sarebbe una condizione per applicarsi il divieto di arricchirsi a spese altrui, mentre è anzi un elemento che costituisce il divieto, perchè quelle parole significano appunto a spese altrui? Altronde, come mai si può dire da Toullier,

che non esiste detrimento quando voi vi arricchite a spese mie? L'idea che il danno non è qui cagionato *cum injuria, sine jure*, e che è conforme alle regole del dritto, è appunto la questione per la questione. Noi crediamo fosse conforme ai principi del dritto romano, sebbene sia stato controverso in Roma; ma certo è contrario ai principi del Codice, secondo il quale nessuno mai può arricchirsi a spese di un terzo, quand' anche questi sia in colpa e di *mala fede*. Ciò specialmente si vede con l'art. 555 (480) che, *mutando la regola del dritto romano*, stabilisce che colui il quale di *mala fede* ha fabbricato o piantato sopra l'altrui terreno, deve essere ristorato, mentre in Roma, essendo in colpa, si reputava aver donato: *donasse ridetur* (articolo 555 (480), n. VI).

§ 2. — Del pagamento dello indebito.

1376 (1330).—Chi o per errore o scientemente riceve ciò che non gli è dovuto, si obbliga a restituirlo a colui dal quale lo ha indebitamente ricevuto.

1377 (1331). — Quando uno che per errore si credeva debitore, ha pagato un

debito, ha il dritto della ripetizione contro il creditore.

Nondimeno cessa tal diritto, quando il creditore, in conseguenza del pagamento, si è privato del suo titolo: nel qual caso è salvo il regresso a colui che ha pagato, contra il vero debitore.*

SOMMARIO

- I. Questi due articoli prevegono due casi distinti; nel primo, lo cosa può essere ridomandata (in quanto sia cosa pagata) per ciò solo che colui che l'ha ricevuto non era creditore. *Errore di Toullier e di Zachariae.*
- II. Nel secondo articolo, l'errore di dritto dà luogo a ripetere, nell'istesso modo che l'errore di fatto.

- III. Decisione inammissibile di alcuni giureconsulti romani. Colui che per errore paga pria di scorrere il termine, ha dritto a ripetere. *Errore di Toullier e di Zachariae.*
- IV. Quando il creditore, cui io per errore ho pagato ciò che non gli doveva, ha soppresso il suo titolo, non si può più riflettere, se egli ha agito di buona fede.

* Massime della C. S. di Napoli:

— L'errore di fatto dà luogo alla ripetizione dell'indebito, 18 gennaio 1832.

— Il debitore di un annuo censo, che non si è valso della facoltà di ritenersi il decimo sopra le annualità pagate, non può ripetere, come indebito, ciò che non ha ritenuto, 3 dicembre 1846.

— Il giudice competente per la ripetizione di ciò che si è pagato in forza di un giudicato annullato dalla Corte Suprema, non è la stessa Corte Suprema, non è il giudice in grado di rinvio, ma

è il giudice regio, o il tribunale del domicilio del convenuto, secondo il valore della domanda. 22 dicembre 1846.

— Il volontario pagamento delle spese di una lite, tanto ordinarie, quanto straordinarie, non dà diritto alla restituzione di queste ultime in linea d'indebito, 13 febr. 1849.

— L'indebito esatto debbe sempre restituirsi, né si può invocare la prescrizione quinquennale. 18 marzo 1852.

I.—Questi due art. prevegono due casi distinti; nel primo chi ha ricevuto il pagamento (in apparenza) non era creditore; nulla dovevasi a lui, bensì ad altri o a nessuno; nel secondo, in vece, colui che aveva ricevuto il pagamento era il vero creditore; ma chi lo aveva pagato non era il debitore.

In quest'ultimo caso, allorchè chi ha ricevuto era creditore, chi senza obbligo almeno e *senza errore* lo aveva pagato non poteva ripetere, perchè è naturale che si riguardi colui che mi ha pagato una somma, un cavallo, o altro, conoscendo che nulla mi doveva, come se mi avesse pagato per conto della persona di cui ha amministrato l'affare. Il pagamento dunque sarà validamente ricevuto, e chi lo ha fatto senza errore non potrà ripeterlo. Avrà il suo regresso dell'azione *negotiorum gestorum*, contro colui per cui ha pagato. Nel primo caso, in vece, si potrà sempre ripetere la cosa pagata perchè non dovuta, senza distinguere se vi sia stato errore o no; e chi, conoscendo nulla dovermi, sotto pretesto di un pagamento, da me avuto per tale, mi avrebbe pagato una somma (forse per depositarla in una casa in cui temeva non si volesse ricevere con quel titolo) potrà riprenderla (1).

Non così a Roma. La ripetizione era ammessa allorchè la cosa indovuta erasi rilasciata per errore, e fatto a bella posta, *consulto*, dal dritto romano era riguardato come una donazione. *Cujus per errorem dati repetitio est, ejus consulto dati donatio est.* (Digest., lib. 30, t. 17, 53).

Il nostro Codice, seguendo sempre il principio d'equità, ha rigettato un tal sistema, poco equo, di presunta donazione. Toullier (XI-60 e 61) e Zachariae (III, p. 183 e 185, nota 10) credono in questi

articoli si riferirli al sistema del dritto romano. Ma è questo un errore rigettato dagli stessi testi degli articoli, e dallo spirito della legge.

L'argomento di Toullier (*nessuno ne dà Zachariae*) è che le parole *per errore* o *scientemente* dell'art. 1376 (1330) provano che le parole per errore sian poste con disegno nell'art. 1377 (1331), e a fin di esprimere una indispensabile condizione.

Senza dubbio alcuno, nell'articolo 1377 (1331) l'errore è indispensabile; ma esso riguarda il caso di un *vero creditore* a cui ho pagato il suo debito; e il caso di aver pagato ad un tale *ciò che non gli doveva* è previsto dall'art. 1376 (1330), che non vuole che per errore siasi fatto il pagamento. Or come Toullier non ha compreso che i due articoli non prevedono lo stesso caso?

La cosa che non si deve e si rilascia, anche senza errore, può riprendersi come cosa *pagata*: dappoichè se fosse stata rilasciata non come a pagamento ma come a donazione, il ripeterla non sarebbe possibile; tranne se la donazione fosse nulla e l'oggetto fosse un immobile; pure la donazione potrebbe essere valida, e non si avrebbe quindi dritto a ripetere se l'oggetto fosse mobile (vedi art. 931 (853, n. III) e 1235 (1188, n. I)).

Colui che vuol ripetere dee provare tre cose: che ha rilasciato l'oggetto, che lo ha rilasciato a titolo di pagamento, e che non era dovuto. Una cosa non si può ripetere come pagata indebitamente, allorchè vi è un debito naturale; vedasi su ciò la nostra spiegazione dello art. 1235 (1188).

II.—Quando si vuol ripetere un pagamento che si è fatto per errore, debbe considerarsi lo errore di dritto ovvero solo lo errore di fatto?

Dal dritto romano era ammesso quello

(1) Ma non potrebbe riprenderla che dalle mani di colui che l'ha ricevuto. *Secus* dalle mani di quelli a cui questi l'avrebbe trasmesso senza frode e in pagamento di un credito legittimo. — V. casazione, 13 maggio 1823; Bordeaux, 2 apr. 1855; Cass., 28 aprile 1840; 31 marzo 1852; Parigi, 27 febr. 1852; Ric., 7 marzo 1855 (J. P., 1853, to-

MARCADÉ, vol. III, p. I.

mo II, p. 401; 1855, tom. I, p. 541). — Non è così, almeno secondo noi, quando la rivendica ha per oggetto un immobile rivenduto da quello che l'avea indebitamente ricevuto; nel qual caso essa può farsi contro il terzo acquirente da chi ha indebitamente pagato l'immobile. *Vedi infra* sopra l'art. 1380 (1334), n. 3.

di fatto; ma stante i termini generali degli art. 1235, 1376 e 1377 (1188, 1330 e 1331), non si debbono più distinguere l'uno dall'altro errore; perchè non può crederci, che i compilatori del Codice abbiano riguardato l'inefficacia dell'errore di dritto come cosa che andasse da sè, mentre dagli antichi dottori era ciò controverso, tanto più che nei casi particolari in cui un tale errore loro è sembrato dover restare inefficace, hanno avuto cura di dichiararlo con esplicite disposizioni, che sarebbero state inutili se tale fosse stata la regola generale (articolo 1356, 2052 (1310, 1924)). Lo spirito del Codice Napoleone non è meno concudente, dappoichè se supponesi un uomo ignorantissimo il quale si è immaginato che la sua qualità di legatario metteva a peso suo il debito dell'eredità legittimo, le regole le più semplici di giustizia ed equità naturale non richiedevano gli si restituisse la somma pagata per questa falsa credenza (1)?

III.—I giureconsulti Marcello, Celso ed Ulpiano (Dig., L. 12, t. 6, 26, § 13, *in fine*) insegnavano che colui che deve alternativamente due cose, e può liberarsi con una di esse a sua scelta, se le ha rilasciate entrambe, il creditore deve restituire quella che vorrà, dappoichè egli è divenuto debitore. Una tale decisione, rigettata in Roma anco da Giuliano e Papiniano, e pur respinta dal Codice Giustiniano (L. 4, t. 5, 40) oggi non potrebbe ammettersi. Secondo il Codice Napoleone, il creditore non può ritenere oltre ciò che gli è dovuto. Dovendovi io o questa o quella cosa, era in me trattenermi quella che più mi piaceva. Spetta dunque a me il riprendere la cosa che vorrei, lasciandovi l'altra in pagamento. Del pari, se chi deve dare una cosa o un'altra ne ha rilasciata una, ignorando che il debito era alternativo, non è dubbio, malgrado la contraria decisione di Celso (Dig. L. 31, 19), che ci non abbia il diritto di riprenderla, rilasciando l'altra in suo luogo. In alcun caso, senza eccezione, il creditore non potrà, se-

condo il Codice Napoleone, trarre profitto dall'errore del suo debitore.

Secondo un tal principio d'equità ed ormai di dritto civile, il debitore a termine, che nell'ignoranza di esso paghi immediatamente quel che deve in un tempo più lontano, può, come si è stabilito nell'art. 1186 (1139), ripetere quel che ha pagato per goderne fino a che giunge il tempo del pagamento.

Il debitore che ha pagato con disegno non può più ripetere, poichè ha così rinunciato al beneficio del termine, come la intende l'art. 1186 (1130), e come prevano le parole dell'oratore del Governo innanzi il Corpo legislativo. Ma allorchè un crede, il cui autore gli doveva 20,000 fr. da pagarsi in tre anni, prova che li ha pagato al momento, perchè ignaro di quel termine, come e con qual dritto vi appropriereste i franchi 3,000 di interessi che non vi erano dovuti?

Toullier (XI, 59, 60) inbevenuto di tal sistema formalista, rigettato dal Codice, decide il contrario, e Zachariae (III, p. 185) lo segue.

Toullier dice, non si può ripetere quel che non era dovuto; non ostante il termine la cosa è dovuta. Sì, non ostante il termine la cosa è dovuta quanto al *capitale*, quanto alla *sostanza*, ma non essendo dovuti il godimento e gli interessi, io voglio e posso ripeterli. Vi doveva io i 20,000 fr. di capitale, ma i 3,000 d'interessi che produrrebbero dal 1847 al 1850 vi erano forse dovuti?

« Se è un corpo certo, continua Toullier, la proprietà mi appartenerrebbe innanzi al termine; ricevendola prima del tempo ne ho acquistato di più il possesso, che unito alla proprietà mi dà il più forte titolo che si possa avere. » Quale puerilità! Che cosa significa il vostro *titolo* che niuno vi nega, e la vostra *proprietà* che nessuno v'impugna? L'attuale possesso di cui vi fate forte per uscire dalla quistione, non vi era dovuto e vi è stato conferito per *errore*; esso rinuncia perciò le due con-

(1) Toullier (XI-63); Duranton (X, 127, 128); Zachariae (III, p. 183).

dizioni da voi richieste per la ripetizione. « Ma finalmente, dice Toullier, chi soffre un pregiudizio non può chiederne la riparazione se non a colui che ne è la cagione; qui è l'attore in colpa d'aver pagato pria del termine, e se dice averlo fatto per errore, gli si risponderà esser questa la sua colpa personale ». Toullier così va dirittamente a togliere dal Codice in tutti i casi il dritto di ripetere l'indebito. Infatti si dirà sempre all'attore: « Se per errore avete pagato ciò che non dovevate, è colpa vostra personale e non potete quindi dolervi che di voi... » Le idee di colpa non entrano per nulla nella nostra quistione, poichè il debitore non trae partito dagli art. 1382, 1383 (1336 1337), ma dal nastro art. 1367 (1321). Solo si può dire che se colui che ha ricevuto l'indebito, tanto nel nostro che in ogni altro caso, soffre qualche danno dalla restituzione che gli deve fare, potrà farsi ristorare del danno derivato dalla negligenza o disaccortezza di chi l'ha pagato. Lasciando quindi queste false idee di Toullier, torniamo alla proposizione semplice: siccome colui che paga troppo tardi paga meno di quel che doveva, *minus solvit qui tardius solvit*, così paga di più chi paga troppo presto. Egli può dunque, avendo pagato per errore, ripetere come indovuto ciò che ha pagato oltre ciò che doveva.

IV.—Nel medesimo caso in cui il non

1378 (1332).—Se quegli che ha ricevuto il pagamento, era in mala fede, è tenuto a restituire tanto il capitale, quanto gli interessi o i frutti dal giorno del pagamento.

1379 (1333).—Se la cosa indebitamente ricevuta è un immobile o è un corpo mobile, quegli che l'ha ricevuto, si obbliga a restituirla in specie quando esista, o il

debitore paga a chi era realmente creditore, ma per errore e non mai come gestore dell'affare di colui (nel qual caso solo può esser luogo a ripetere), non può ripetere giusta il secondo paragrafo dell'art. 1377 (1331) se il creditore, eseguito il pagamento, ha soppresso di buona fede il suo titolo; e chi ha pagato non può rivolgersi che contro il debitore di cui ha estinto il debito. Diciamo: se il creditore ha soppresso di buona fede il titolo, cioè, ignorando che non fosse il debitore che l'ha pagato. Perchè, sebbene l'art. non ne parla, questa circostanza è di certo necessaria, ed era nel pensiero della legge. « Se il creditore, essendo in buona fede, dice il rapporto al Tribunale, eseguito il pagamento, avesse soppresso il titolo del credito, non potrebbe, senza ingiustizia, rendersene vittima; quello solo che male a proposito distrusse il titolo è responsabile delle conseguenze. » (Fenet. XIII, p. 4713).

Cotesta distinzione fra la buona e mala fede di colui che ha ricevuto l'oggetto indovuto è di base alle disposizioni dei seguenti tre articoli, che determinano fin dove si estenda l'obbligo di restituire.

Del resto, colui è di buona fede che crede essergli dovuta la cosa e la riceve o possiede come sua, mentre è di mala fede se la conserva, sapendo di non avervi alcun dritto.

suo valore quando sia perita o deteriorata per di lui colpa: è altresì tenuto alla perdita per caso fortuito, se l'ha ricevuta in mala fede.

1380 (1334).—Chi ha venduta la cosa che ha ricevuta in buona fede, non è tenuto ad altro che a restituire il prezzo ritratto dalla vendita.

SOMMARIO

I. In che si estende l'obbligo di restituire, secondo che le cose sieno indeterminate o

determinate, e secondo la buona o mala fede del possessore.

II. *Cattiva redazione dell'art. 1379 (1333): per la colpa, egli intende la mala fede. Motivi non spiegati dagli scrittori intorno alla mala redazione.*

III. *Se l'immobile indebitamente ricevuto, è stato acquistato da un terzo, può esser rivendicato? Controversia, soluzione affermativa.*

I.—Il primo di questi tre articoli s'applica alle cose indeterminate; gli altri due alle determinate individualmente o ai corpi certi.

Colui che ha indebitamente ricevuto somme di danaro o altre cose *quae numero, pondere, mensurare constant*, deve, sia di buona o di mala fede, restituire le identiche cose, ovvero altre di simile quantità e qualità.

Se è stato di buona fede, non è tenuto agli interessi, se pure egli stesso ne abbia percepito. Egli nel nostro Codice, diversamente che nel dritto romano, riguardasi non solo come debitore, ma anche come possessore, e perciò può far suoi i frutti con la sua buona fede. In vero egli è un debitore che ignora il suo debito e che si stima proprietario della cosa. Se di mala fede, deve pagare o il prezzo della cosa ovvero gl'interessi, se è danaro, quand'anche egli l'abbia percepito. Se essendo di buona fede nel dì che riceve, non lo è più al tempo che sta di mezzo fra il dì che riceve, e quello in cui dee restituire, gli interessi son da lui dovuti dal giorno della mala fede, poichè non è più possessore di buona fede, e quindi non può più far suoi i frutti.

Colui che ha ricevuto un immobile o un mobile determinato *in individuo*, deve restituirli in specie, se li possiede ancora; intorno ai frutti si applica la sopraddetta distinzione. Oltre a ciò, se di buona fede, non è responsabile dei deterioramenti, nè della perdita derivata dalla sua negligenza (non ostante il testo dell'art. 1379 (1333)), di modo che egli è liberato per la perdita; se ha alienato, è tenuto al prezzo cavatone, sebbene inferiore al valore reale (art. 1380 (1334)); se invece è di mala fede al tempo dei deterioramenti, della perdita o dell'alienazione, deve

restituire il valore reale della cosa, se perduta o alienata (1), e ristorare il proprietario se danneggiata, quand'anche i danni o la perdita sieno avvenuti per caso fortuito (1379 (1332)). Egli non sarebbe responsabile dei casi fortuiti, provando che sarebbero anche avvenuti presso il proprietario (art. 1302 (1256)); perchè secondo il principio del nostro dritto francese, che non si debba mai arricchire a spese d'altri, fosse anche un ladro, il proprietario non potrebbe farsi ristorare d'un danno che avrebbe anco patito, quando pure non si fosse pagato l'indebitato.

II.—Abbiam detto che colui che ha ricevuto e possiede di buona fede un corpo certo non risponde dei deterioramenti, nè della perdita derivata dal fatto suo, o dalla negligenza nel tenerla o nel conservarla. L'art. 1379 (1333) par che dica il contrario, ma cotesta regola vi è espressa, sebbene mal redatta.

L'articolo oppone al possessore di mala fede quello che ha fatto perire o deteriorare la cosa *per colpa sua*. Non si può tenere in colpa rispetto a una persona quello che ha trascurato ed ha lasciato deteriorare o perire una cosa nella credenza di esser sua, e di non doverne dare alcun conto; *qui re sua abuti putavit, nulli querelae subiectus est*; quegli solo può essere in colpa che sapeva non appartenergli la cosa, ma per questo appunto egli è possessore di mala fede. Dunque il nostro articolo dicendo che si deve il valore della cosa se è perita o deteriorata *per colpa* del possessore, ha per ciò detto: se è perita o deteriorata, essendo *in mala fede* il possessore. Cotesta santissima regola abbracciava Pothier (*Prestito di consumo*, nn. 170, 171); ed è applicata dal Codice nell'art. 1634 (1477); ed i commentatori del nostro articolo; massime

(1) Ric., 14 giugno 1854 (J. P., 1853, tom. 2, p. 33).

Delvincourt, Toullier (XI-402) e Zachariae (III, p. 186), credono che sia quella del nostro articolo, ma nessuno ha spiegato come il mezzo dell'articolo così inteso, si accordi colla sua ultima disposizione.

La opposizione fra il mezzo e la fine sorge dalla mala redazione. Difatti, nella fine non si parla di quello che era di mala fede quando avveniva il caso fortuito, ma di quello che ha ricevuto la cosa di mala fede (come il seguente articolo, anziché parlare, come doveva, di quello che ha venduto la cosa di buona fede, parla di quello che l'ha venduta posciachè l'ebbe ricevuto di buona fede), cioè il Codice per una inesatta redazione ha qualificato la buona o mala fede per il tempo in cui si è ricevuta la cosa, tutta astrazione, non col l'intendimento, ma colle parole, della mala fede sopravvenuta. Perciò la perdita o il deterioramento avvenuto (dopo aver ricevuto di buona fede) *per una colpa*, cioè per un fatto riprensibile ed imputabile, e quindi per un atto di mala fede, non ha avuto dai compilatori il nome di mala fede, la quale sopravvenuta di poi ha il semplice nome di colpa in contrapposto colla mala fede primitiva che è la sola detta così dal Codice. Ma tale inesatta ed insufficiente compilazione non toglie che sia in mala fede la persona in qualunque tempo sappia non aver diritto sulla cosa: tutte le regole del Codice sulla mala fede primitiva non devono applicarsi parimente a quella sopravvenuta.

III.—È controverso se l'immobile ch'è stato indebitamente ricevuto e poi alienato possa rivendicarsi da potere del terzo acquirente, da colui che lo ha indebitamente pagato. Toullier (XI, 97, 99) dice del no; Duranton del sì (XIII, 683), e noi seguiamo quest'ultimo. È nostra opinione, che qui, come per la celebre quistione delle alienazioni fatte dallo erede apparente (articolo 137 (143), n. IV), i vari argomenti che si oppongono al dritto di rivendicare sono obiezioni e ragioni per dubitare, le quali non entrano per nulla nella soluzione: la quistione va decisa colla semplicissima

idea che non si ponno trasferire i dritti che non si hanno, e che la alienazione fatta da un non-proprietario non rende proprietario l'acquirente. Or colui che ha ricevuto per un preteso pagamento un immobile non dovutogli, non ha potuto divenirne proprietario, poichè la consegna fu fatta per errore e per una falsa causa (articoli 1109, 1131 (1063, 1083)); e di conseguenza quegli cui l'ha trasferito non è nemmeno proprietario. Potrebbe la cosa essere altrimenti se per tal caso si fosse fatta una eccezione al principio generale, ma questa manca.

Le obiezioni a tal dottrina ci sembrano di poco momento. La rivendica contro il terzo, si dice in prima, non si ammetteva in Roma. Verissimo; ma noi non siamo più in Roma, e nel mentre il dritto romano riputava il creditore putativo qual vero proprietario, semplice debitore della cosa, il nostro Codice lo riguarda come possessore di buona o mala fede secondo i casi. Un possessore, anche di buona fede, non è proprietario.—Dicesi di più, che quegli a cui ho indebitamente pagato è *personalmente obbligato* di restituire; e che io non posso reclamare che da lui, come fusse una obbligazione, una relazione tra persona a persona. Ma da ciò che la persona sia obbligata a restituire l'immobile, non può inferirsi che ne sia proprietaria, nè che io abbia contro di essa un dritto personale senza averne uno reale. Dicesi finalmente, che ove non si fosse creduto di togliere in questo caso il dritto di rivendica contro i terzi, non si sarebbe scritto l'art. 1380 (1334), dappoichè se io potessi esercitar la rivendica contro il compratore, non mi avrebbero con quello articolo riservato il dritto di chiederne il prezzo a chi lo ha alienato, molto più se fosse inferiore al vero valore. Ma, oltre che l'art. 1380 (1334) stabilendo il dritto di ripetere il prezzo, non toglie affatto quello di rivendicare la cosa, sarebbe altronde utile, anco sotto l'aspetto in cui lo riguarda il sistema contrario, per le cose mobili, poichè esse non si potranno mai rivendicare secondo la disposizione-

dell'art. 2279 (2185) (il quale rende l'acquirente proprietario per l'immediato effetto del possesso); la rivendica delle cose mobili è la più frequente.

Si potrebbe in ultimo trarre argomento, benchè non si sia fatto, dai lavori preparatori, almeno quando il pagamento si è ricevuto di buona fede; perchè si legge, nel rapporto fatto in nome del Tribunale innanzi il Corpo legislativo, che solo la vendita di mala fede, non toglierà al proprietario il dritto di rivendica (Fenet, III, p. 487). Ma un tal rapporto racchiude inesatte opinioni, e specialmente l'idea di sopra confutata, che i due articoli 1376 e 1377 (1330 e 1331), non prevedono che un solo e medesimo caso (*ibid.* p. 484), e l'altra respinta a ragione da tutti gli scrittori ed anche da Toullier, che il possessore di buona fede risponde della perdita e dei deterioramenti avvenuti per fatto suo (*ib.*, p. 486), cotachè non si può ritenere che sia quello il pensiero del legislatore, essendo in urto coi principi.

Bisogna dunque attenersi alle idee da noi esposte, e lo stesso Toullier ne confessa implicitamente l'aggiustatezza col dire (n. 48): « Gli è vero che il venditore a-

veva una proprietà revocabile, e che giusta gli articoli 2125, 2182 (2011, 2076) il venditore trasmette soltanto i dritti che aveva egli stesso, soggetti alle medesime risoluzioni, ma questo principio soffre una eccezione unica nel nostro caso ». Ove dunque è espressa questa eccezione di cui si sente il bisogno?

In nessun luogo; ed in conseguenza i principi rimangono in tutto il loro vigore: ciò riconobbe implicitamente una decisione di cassazione degli 11 aprile 1838 (Dev., 38, I, 306). Del resto, quando l'alienazione si è fatta di buona fede, l'attore in evizione sarà tenuto di rimborsare allo alienante tutto ciò che costui pagherebbe all'acquirente al di là del prezzo ricevuto; poichè, giusta l'art. 1380 (1334), il venditore di buona fede non deve mai restituire oltre il prezzo della vendita. È giustissimo, perchè se colui che ha ricevuto di buona fede l'indebito, nulla deve guadagnare (salvo i frutti che può riscuotere come possessore di buona fede), nulla deve neppur perdere, e se un danno deve patirsi, lo soffrirà certamente colui, *la imprudenza e disattenzione del quale no sono la cagione.*

1381 (1335).—Colui al quale è restituita la cosa, deve rimborsare, anche al possessore di mala fede, tutte le spese

necessarie ed utili che sono state fatte per la conservazione della cosa medesima.

I.—Tale articolo che, come i due precedenti, riguarda il pagamento d'un immobile o di un mobile determinato in inditiduo, e prevede la restituzione in specie dell'uno o dell'altro, è inesatto e incompleto. Inesatto: parlando delle spese *necessarie e utili fatte per la conservazione della cosa*. È spesa necessaria quella che tende a conservare la cosa; vi ha dunque insieme pleonasma nelle parole *necessarie e fatte per la conservazione*, e contraddizione tra esse parole e l'aggettivo *utili*. Bisognava dire: spese necessarie; cioè fatte per la conservazione.—È per questo stesso incompleto, nulla dicendo delle *utili*, cioè fatte non per conservare, ma per migliorare, nè delle spese *voluttuose*,

o di semplice piacere. Una sola e medesima spesa può essere necessaria per una parte, utile per un'altra, voluttuosa per il resto; quindi si dovrebbero applicare ad ognuna di esse parti le regole relative a ciascuna sorta di spese.

II.—Le spese per la conservazione della cosa si debbono, giusta il nostro articolo, restituire per intero e sempre, sia il possessore di buona o di mala fede.

Quanto alle spese semplicemente utili, quelle cioè, che non essendo indispensabili alla conservazione della cosa, la renderebbero solo migliore, dovremo, essendo muto il nostro articolo, applicare la regola generale dell'art. 555 (480) per qualunque possessore.—Le spese voluttuo-

se non si debbono ristorare dal proprietario, ma il possessore potrebbe ritogliere gli oggetti che ne sarebbero capaci, purchè rimettesse i luoghi nel primiero stato (art. 599 (524 M)).

Quindi nei rapporti fra chi ha fatto il pagamento con chi lo ha ricevuto, si ha soltanto riguardo alla buona o mala fede di quest'ultimo per le spese utili, giusta l'art. 555 (480), e non per quelle necessarie o voluttuose. Ma tal distinzione varrebbe sempre per colui che ha ricevuto riguardo al terzo acquirente, ed anche per il proprietario. — Così da una parte, un terzo acquirente, cui la cosa si fosse venduta di mala fede, potrebbe farsi ristorare dal venditore di tutte le spese, anche voluttuose, che il proprietario di buona fede non è tenuto ristora-

re. — È questa la formale disposizione dell'articolo 1635 (1481), ed è giustissima, poichè in tal caso da parte del venditore vi è un quasi-delitto che l'obbliga a ristorare tutto il danno cagionato. — Simigliante obbligo avrebbe per la medesima ragione (o in vantaggio di colui che ha ricevuto di buona fede il pagamento, o in vantaggio del terzo acquirente) un proprietario di mala fede, cioè che avrebbe pagato lo indebito conoscendo di non esser debitore. — Il proprietario dovrebbe ristorare tutto il danno cagionato dal fatto biasimevole da lui commesso, e le regole del primo paragrafo di questo n. II, riguardano soltanto colui che per errore ha rilasciato la cosa non dovuta.

CAPITOLO SECONDO

DEI DELITTI E DEI QUASI-DELITTI.

I. — Qui per delitto, come sappiamo, intendesi il fatto riprensibile e dannoso, compiuto con cattivo intendimento; e per quasi-delitto il fatto egualmente riprensibile e dannoso, compiuto con intendimento non malo.

Notiamo il significato che ha in questo luogo la parola delitto, perchè il delitto in materia civile non è lo stesso che quello in materia penale.

In dritto penale, la parola *delitto* ha due significati, generico l'uno, speciale l'altro; *lato sensu* significa qualunque fatto punito dal Codice penale; in un senso più stretto dinota il fatto punibile con pena correzionale, e si oppone al *misfatto* e alla *semplice contravvenzione*. — Quindi in dritto penale i *delitti* sono di tre specie: i *misfatti*, i *delitti* (specialmente detti) e le *contravvenzioni*. — Gioverebbe sostituire sempre alla parola delitto nel suo significato generico, la parola *infrazione* come nel Codice penale (Cod. pen., art. 15 ed altri; Cod. d'istruz. criminale art. 41 etc).

Il delitto civile non è sempre delitto penale, e viceversa il delitto penale non

è sempre delitto civile; dimodochè va errato Duranton, insegnando (XIII, 697-698) che la parola delitto abbia qui il significato generico come nel dritto penale. Quindi lo *stellionato*, che è un delitto civile (art. 2059 (1934 M)), non è punito dalla legge penale; viceversa l'omicidio commesso per semplice imprudenza e non con animo di nuocere, è un delitto penale (Cod. pen., art. 319 (141)); non essendovi intenzione sinistra, non è un delitto civile, nè può essere che un quasi-delitto, supposto che l'omicidio abbia recato danno a qualcuno.

Similmente, un omicidio tentato, che è un misfatto (Cod. pen., art. 2), non potrebbe essere in dritto civile nè delitto nè quasi-delitto, dacchè non si è cagionato alcun danno, e quindi non vi è fatto dannoso.

II. — Il delitto e il quasi-delitto non possono esistere e dar luogo al ristoro del danno cagionato, che ove concorrano le due condizioni: 1° che il fatto sia illecito; 2. che sia imputabile all'autore.

È necessario in prima, che il fatto sia il-

lecito, cioè che si violi il dritto altrui, s'infanga un dovere, e non si eserciti il dritto. Per grazia di esempio, quello che innalza un muro sul suo terreno, rimpetto la mia casa, per quanto molesta e dannosa possa essere per me tal fabbrica, non commette un delitto. Inoltre vuolsi che il fatto illecito sia imputabile, cioè, volontario e che provenga da una libera determinazione. Quindi il fanciullo o il demente non possono essere autori di un delitto o quasi-delitto. — Parliamo del demente che compie un atto quando è fuori senno; poichè se fosse in un lucido intervallo, potrebbe essere autore del delitto o del quasi-delitto.

L'ebbrezza, per quanto profonda, non potrebbe impedire il rindennizzamento, essendo obbligati a ristorare qualunque danno cagionato, per una colpa, benchè leggera; e l'ubriaco è in colpa. — L'ubriachezza potrà scemare anche di molto l'uso della ra-

gione, perchè non possa esservi delitto criminale, ma vi sarà sempre colpa per il fatto medesimo dell'ubriachezza, e perciò, in materia civile, vi sarà se non un delitto, almeno un quasi-delitto.

III. — La legge tratta insieme dei delitti e quasi-delitti negli articoli 1382 e 1383, (1356 1357), dacchè vi consacra l'obbligo che sorge da qualunque atto dannoso e colpevole, sia stato o pur no accompagnato dall'intendimento di nuocere.

Del resto, il primo di essi articoli esprime chiaramente il principio, e il secondo, come vedremo, fa una ripetizione inutile, anche inesatta; e bisogna tenerla come non fatta. — Tratta poi esclusivamente dei quasi-delitti negli articoli 1384-1386, (1338, 1340), che si riferiscono ai casi di responsabilità in cui non ha potuto esistere intendimento di nuocere.

1382 (1336). — Ogni fatto qualunque dell'uomo, che arreca danno ad altrui, obbliga colui per colpa del quale è avvenuto, a risarcire il danno.*

1383 (1337). — Ciascuno è tenuto pel danno che ha cagionato non solamente per fatto proprio, ma ancora per sua negligenza o per sua imprudenza.

SOMMARIO

- I. L'art. 1382 (1336) abbraccia tutti i delitti e quasi-delitti. Importanza della parola colpa.
- II. Il non fare è colpevole, quando non si fa ciò che si era tenuto di fare. Errore di Toullier.
- III. Qui si parla della violazione dei doveri ge-

nerali, non di quella delle obbligazioni. Errore di Duranton.

IV. I delitti e quasi-delitti civili non traggono la solidarietà.

V. L'art. 1383 (1337) è una ripetizione dello articolo 1382 (1336), e potrebbe togliersi.

* Massime della C. S. di Napoli:

L'arresto eseguito in virtù di sentenza del tribunat di commercio, che poi si dichiara incompetente, non dà diritto a' danni ed interessi, specialmente se la incompetenza non siasi da principio opposta, 22 aprile 1826.

— Il prevenuto in un giudizio di alto criminale non ha contro il querelante diritto alla riparazione civile, sia perchè trionfi nello stadio istruttorio o nell'altro di accusa, sia perchè venga assolto in seguito della pubblica discussione.

Per ottenere questa riparazione, quando il prevenuto pretenda ottenerla presso i tribunali civili, non basta produrre l'atto ultimo della processura di alto criminale, quasi per dire che esso solo costituisca il titolo a sollevar l'istanza di riparazione civile, ma debbe essere di proposito discussa sempre la responsabilità del querelante a

fronte di prove legittimamente raccolte, 20 giugno 1850.

— Viola la legge quella decisione che cumula al giudizio della pertinenza dei danni quello intorno alla loro liquidazione. 8 marzo 1851.

— La condanna del creditore a' danni-interessi in caso di nullità di arresto, non è di obbligo, ma si rimette al prudente arbitrio dei giudici. Essa non saprebbe aver luogo quando la nullità dello arresto sia pronunciata non per fatto della parte, ma per difetto di forma imputabile all'uscieri; come sarebbe la mancanza d'indicazione della professione e domicilio del debitore nell'atto d'incarcerazione. 20 marzo 1851.

— Non potendosi i danni esistenti determinare con perizia o prove, può il magistrato determinarli con la sua prudenza. 27 settembre 1851.

I.—Il primo di questi articoli , che è stato in modo largo e comprensivo redatto, abbraccia tutti i casi possibili di delitti e di quasi-delitti, poichè fa derivare l'obbligo del ristoro da *qualunque siasi fatto* positivo o negativo, che cagioni danno ad altrui e sia avvenuto per colpa del suo autore.—Pertanto vi si comprendono indistintamente tutti i fatti dannosi e repressibili, quelli in cui non si è avuto animo di nuocere (i quasi-delitti), e quelli in cui vi è stato intendimento di nuocere (i delitti).

Si deve notare la parola *colpa*, di cui alle volte si fa astrazione, e che è essenziale all'esattezza del principio. Spesso sentiamo a dire che qualunque fatto che rechi danno obbliga il suo autore all'indennizzamento. È grave errore. L'autore del fatto dannoso è obbligato al ristoro, quando il fatto è insieme riprensibile, cioè illecito ed imputabile, come già vedemmo; in breve, quando l'atto costituisce una *colpa* del suo autore, il quale non avendone il dritto, lo ha fatto con intelligenza, e col libero uso della sua volontà. — Così, come abbiamo già detto, la fabbrica da me fatta secondo le condizioni richieste dalla legge, sebbene occupi tutte le vostre finestre, a niente mi obbliga, perchè non è illecito il fatto, sebbene volontario e dannoso; parimente l'atto di un demente, che taglia i vostri alberi, non l'obbliga nemmeno, perchè il fatto dannoso se è illecito, non è però volontario.

In questi ed altri simiglianti casi non vi ha colpa, e dessa è necessaria, perchè sorga la obbligazione di ristorarsi il danno cagionato.

II. — Ed è così, tanto se si omette di fare che se si fa qualche cosa. Onde sorgere l'obbligazione, la omissione deve esser pure imputabile e illecita.

Nessuno ha mai negato che debba essere imputabile, e che un demente o un fanciullo non debbano rispondere delle loro omissioni come nè dei fatti positivi; ma Toullier non ha compreso che debba esser pure illecita, e che, come il fatto positivo obbliga quando è in urto al di-

vieta della legge, così il fatto negativo può solo obbligare quando non si fa *una cosa dalla legge ordinata*. Siccome son tenuto per il fatto, quando non doveva farlo, così debbo rispondere di ciò che non ho fatto, quando *doveva farlo*. Come dunque Toullier, che molto bene svolge la prima idea (XI, 120), ha potuto negare l'altra, sostenendo (n. 117, art. 2°) che è sempre tenuto quegli che non ha impedito, potendo, un'azione dannosa? Non basta che l'abbia potuto, è necessario che l'abbia dovuto, e le autorità citate da Toullier contraddicono la sua dottrina. Egli invoca prima una legge romana, che dichiara il *proprietario* tenuto del delitto che ha lasciato commettere *dal suo schiavo* mentre avrebbe potuto impedirlo. Allega poi la legge prussiana che dice: « Colui che soffre scientemente ciò che poteva e *doveva* impedire ». Invoca finalmente Domat che dice similmente: « Coloro i quali potendo impedire un danno, che per un qualche dovere erano obbligati a prevenire... » E Domat cita l'esempio di un padrone che risponde di un fatto del suo domestico (articolo 1384 (1338)).

III. — Adunque i fatti positivi o negativi debbono violare un dovere.

Si noti che si dee violare un dovere propriamente detto, uno di quei doveri generali che esistono in vantaggio di tutti, e non già di quelli che esistono specialmente dalla tale alla tal persona e che formano le obbligazioni. Le violazioni delle obbligazioni son prevedute dalla sezione IV del capitolo III del precedente titolo (art. 1146-1155 (1100-1108)); il Codice qui tratta solo delle violazioni di doveri generali che chiama delitti e quasi-delitti; si deve schivare quindi la inesattezza di Duranton che confonde (XIII-710) le due classi di violazioni che il Codice ha dovuto distinguere e separare. Tal distinzione non deve farsi solo per aver diritte le idee, ma anche per una importanza pratica. Siccome la legge non dice in nessun luogo del nostro capitolo fino a quanto l'autore del fatto dovrà ristorare il danno cagionato, e se soltanto son dovuti i danni che si po-

tevano prevedere, come conseguenza del fatto, ovvero anche quelli che non si potevano prevedere; così parrebbe naturale (se si rendessero identiche le violazioni delle obbligazioni ai delitti o quasi-delitti, riguardando le prime come una specie di questi ultimi) applicarsi alla nostra materia la distinzione degli art. 1150 e 1151 (1104 e 1105), secondo i quali i danni che non potevano prevedersi, sono dovuti soltanto nel caso di dolo, onde sarebbero dovuti nei delitti e non già nei quasi-delitti. Errore: si deve ristorare, nella nostra materia, qualunque danno cagionato anche nella parte che non si sarebbe potuto prevedere al tempo del fatto in tutti i casi, nei quasi-delitti come nei delitti. La benigna disposizione dell'articolo 1150 (1104) che restringe il ristoro al danno che si è potuto prevedere, è, come noi vedemmo, il risultamento di una tacita convenzione, la quale non può ammettersi che di fronte ad un contratto, od al suo equivalente, il quasi-contratto.

Del resto, non sarà dovuto ristoro che per i danni che saranno dirette conseguenze del fatto, e di cui questo sarà unica causa, come fu spiegato sotto l'articolo 1151 (1105).

IV. — Vedemmo sotto l'art. 1202 (1155) che i quasi-delitti e delitti civili, al pari che i penali, generano la solidarietà. E taluni giureconsulti (massime Zachariae, tom. 2, p. 262) insegnando il contrario, han confuso la solidarietà coi casi in cui la cosa si deve da ogni obbligato *in totum* e non *totaliter*.

1384 (1338). — Ciascuno parimente è tenuto, non solo pel danno che cagiona col proprio fatto, ma ancora per quello che viene arrecato col fatto delle persone delle quali dee rispondere, o delle cose che abbia in custodia.

Il padre, o la madre dopo la morte del marito, son tenuti pe' danni cagionati dai loro figli minori abitanti con essi;

i padroni ed i commettenti pe' danni cagionati da' loro domestici e garzoni nello

V. — Spiegato l'art. 1382 (1336) non si sa che fare dell'art. 1383 (1337).

Alcuni giureconsulti si sono avvisati che quest'ultimo si occupi esclusivamente del fatto compiuto senza cattivo intendimento, cioè del quasi-delitto; e che l'art. 1382 (1336) riguardi specialmente il fatto compiuto con animo di nuocere, con la colpa per eccellenza, cioè il dolo, e che è quindi delitto. Ma non può accogliersi cotesta interpretazione, poichè l'art. 1382 (1336) non oppone l'imprudenza alla *colpa* (il che darebbe a quest'ultima parola il senso di colpa grave, di dolo) ma semplicemente al fatto. Nell'articolo non si dice: « Ciascuno deve rispondere del danno cagionato, non solo per *colpa sua* » ma « non solo per *fatto suo*, » cioè commesso senza o con animo di nuocere.

Probabilmente dunque si volle opporre il *fatto*, propriamente detto, al *non fare*, applicando l'art. 1382 (1336) ai delitti e quasi-delitti, che consistono in un fatto positivo, e l'art. 1383 (1337) ai delitti e quasi-delitti che consistono in un fatto negativo. Ma a prescindere che non è esatto opporre il fatto alla imprudenza, poichè può esservi semplice imprudenza tanto nel fare che nel non fare (come avviene specialmente nell'omicidio per imprudenza) la parola *fatto* nell'art. 1384 (1338) è usata nel senso lato, nè crediamo che si usi diversamente nell'art. 1382 (1336). Giova pertanto passar sopra cotesto art. 1383 (1337) che niente toglie al precedente, inteso come bisogna.

esercizio delle funzioni nelle quali gli hanno impiegati;

i precettori e gli artigiani, pe' danni cagionati da' loro allievi ed apprendenti nel tempo in cui sono sotto la lor vigilanza.

La predetta garanzia non ha luogo, allorchè i genitori, i precettori e gli artigiani provano che essi non han potuto impedire il fatto di cui avrebbero dovuto esser garanti.

SOMMARIO

- I. Questo articolo e i seguenti noverano dei casi di quasi-delitto, in cui la colpa si presume di pieno dritto dalla legge. La prova contraria o questa presunzione si ammette in alcuni casi.
- II. Il padre risponde del minore che obita con lui, fosse anche emancipato. Si dissente da Toullier.—Si eccettua il caso del matrimonio. Essendo il padre interdetto, assente, o solo in viaggio, ne risponde la

madre. Tutori, moriti, istitutori. Si ammette la prova contraria.

- III. Padroni e committenti. La prova contraria non è loro concessa.

- IV. Evvi responsabilità, senza distinguere se l'autore del fatto che ha recato danno, abbia agito con discernimento.—Errore di Toullier. Colui che agisce con discernimento è responsabile.

I. — Quasi-delitti sono i casi nei quali il presente e i due seguenti articoli rendono una persona responsabile del danno cagionato o da altre persone sue dipendenti, o da animali o da cose che le appartengono, o che deve custodire. Imperciocchè tal responsabilità ha per fondamento la presunzione, che l'obligato abbia per colpa mancato di sorvegliare le persone, gli animali, o le cose in guisa da non recar danno ad altrui. Evvi dunque un fatto negativo, dannoso e riprensibile. Se non che l'attore non deve in questo caso provare che sia in colpa la persona responsabile, essendo una presunzione della legge; mentre, negli altri casi, colui che domanda un ristoro deve provare, non solo che abbia patito un danno, e che gli sia venuto dal fatto dello avversario, ma che costui sia in colpa. La presunzione di colpa (che di pieno dritto deriva dalla prova del danno prodotto dalle persone, dagli animali o dalle cose) è, secondo i casi, più o meno severa; ora il convenuto è facultato di provare che non ha potuto impedire il fatto, e perciò che non vi può essere nè colpa, nè responsabilità; ora non può fare alcuna prova, di modo che, quantunque allegghi di non aver potuto impedire, sussistono sempre la presunzione di colpa, e l'obbligo che ne sorge.

In questo, come in tutti i casi, in cui è ammessa la prova testimoniale, l'attore o il convenuto può far la prova anche con semplici induzioni, cavate dalle circostanze e lasciate in arbitrio del giudice cui può bastare una sola verosimiglianza. Più di

una volta abbiain fatto parola dell'importante regola che qui ricordiamo, e che non si dee mai dimenticare, cioè che ove una parte dee fare una prova (tranne nel caso in cui può ammettersi solo la prova scritta, e in cui non vi sarebbe principio di prova per iscritto) si deve procurare al giudice o la certezza, ovvero una *grate probabilità* che sia vero ciò che si allega.

II. — Il padre dee rispondere del danno cagionato dal figlio fino a che sia minore, ed ubiti con lui, sia o no emancipato. Sebbene per l'emancipazione cessi legalmente l'autorità de' genitori (art. 372 (288)), una autorità morale esercitano essi sul figlio minore, finchè resti insieme con loro, e ciò basta per tenerli responsabili. La dottrina contraria di Toullier (XI-277) è rigettata da Duranton (XIII 215) e da Zachariae (III, p. 497), i quali insegnano che l'emancipazione d'un figlio indegno di un tal favore, anzichè esimere i genitori dalla responsabilità, è una loro grave imprudenza. Non sarebbe così ove il figlio si maritasse; ma la responsabilità allora cessa non per l'emancipazione, ma per il *matrimonio*, per di cui mezzo uscito dalla patria potestà diventa capo di famiglia, o passa sotto l'autorità del marito.

La responsabilità è della madre, quando il padre è morto, interdetto, o solo fuori senno, senza che sia stato interdetto, assente dichiarato o presunto, o partito soltanto per un viaggio. Zachariae (*loc. cit.*), non ammette che ciò possa avvenire nell'ultimo caso; ma come mai il padre, che non è più responsabile ove il figlio viva presso

uno istitutore, ovvero sia allievo presso un maestro poco lontano da lui, sarebbe egli responsabile, essendo a cento o due cento leghe lontano? D'altra parte, come la madre, essendo lontano il padre, potrebbe togliersi la responsabilità che pesa sopra una semplice istitutrice?

Essendo i coniugi separati di persona, la responsabilità è di quello cui è affidata la custodia dei figli. Non essendovi matrimonio, risponde similmente quel genitore naturale presso cui vive il figlio; e vivendo insieme i genitori, ne risponde il padre.

Sebbene nel nostro articolo si contenga una eccezione rigorosa che non deve quindi estendersi per analogia; pure non sembra dubbio che il tutore, presso di cui vive il pupillo, sia pur responsabile, perchè è in una condizione, non solo analoga, ma *identica* a quella del padre o dello istitutore. Similmente, se il tutore non avesse la custodia del pupillo perchè convive coll'avo, o con qualsiasi altra persona, ne risponderebbe chi ne ha la cura. Ma non sarebbe responsabile il marito dei fatti della moglie, perchè non esercita su di lei una autorità, come quella che si ha sopra i fanciulli, e poi i terzi offesi potranno sempre rivolgersi direttamente contro la moglie, mentre nol potrebbero contro il minore. La donna maritata, anche minore, potrà sempre rispondere dei suoi atti.

Le riferite persone non hanno più responsabilità, ove provino di non aver potuto impedire il fatto dannoso con tutta la loro sorveglianza e la loro cura. Non basterebbe certamente che un padre non avesse potuto in un caso speciale impedire il male, se fosse avvenuto per le male abitudini, e la cattiva educazione e la nessuna disciplina. Egli allora è in colpa, e per ciò sarà tenuto a ristorare il danno che potrà esser cagionato (Bourges, 19 marzo 1824; Bordeaux, 1 aprile 1829). Gli istitutori e gli artigiani sono pure responsabili del danno che i loro allievi abbiano potuto cagionare, essendo sotto la loro custodia, salvo

pure a provare di non aver potuto impedire il fatto. Non sono istitutori sotto questo rapporto coloro che danno lezioni ad ora, senza aver la sorveglianza dei giovani.

III. — I padroni e i committenti sono tenuti del danno cagionato dai loro domestici o preposti. La qual regola si applica allo Stato, e alle varie pubbliche amministrazioni, riguardo ai loro agenti, preposti, impiegati, non meno che ai committenti particolari (1).

Due osservazioni. Da una parte, il danno deve esser fatto dai suoi domestici o preposti nello esercizio degli uffici a cui erano destinati; dall'altra, i padroni e committenti non possono togliersi la responsabilità col provare di non aver potuto impedire il fatto dannoso. L'ultimo paragrafo del nostro articolo non accorda la prova ai padroni e committenti, come al padre, alla madre. ecc.; ma non par dubbio, dalla lettura dei lavori preparatori, che ciò sia stato fatto a bella posta: « In nessun caso, fu detto, possono trarre argomento dal non aver potuto impedire il danno... Non debbono forse rimproverarsi di aver confidato in uomini cattivi, malaccorti o imprudenti? » (Fenet, tom. XIII, p. 476).

IV. — Checchè ne dica Toullier (XI-260 e 270), si è sempre responsabile sia o pur no imputabile all'autore il fatto dannoso. Così, se un fanciullo di sei o sette anni, di cui il padre deve aver cura, lasciato libero nei campi, saccheggia con altri coetanei i raccolti o commette altri devastamenti, sebbene non vi sia colpa, e quindi nè delitto, nè quasi-delitto per parte del fanciullo che non sapea quel che si facesse, il danno è avvenuto per colpa del padre e quindi egli ha commesso un quasi-delitto. Il medesimo è di un committente che avrebbe preso o conservato un impiegato demente, di un padrone che affiderebbe incarichi difficili, come il guidare una vettura, ad un fanciullo non svegliato o troppo giovane.

Toullier, stranamente ingannandosi, in-

(1) Amiens, 26 agosto 1831; Riom, 1 dic. 1831; Dig., 27 giugno 1832; Parigi, 25 genn. 1833; Pa-

rigi, 3 marzo 1834 (Dev., 32, I, 838; 33, I, 99 e II, 410; 34, II, 85).

siste intorno al *principio emanato dalla legge eterna ed immutabile*, che un fatto non potrebbe imputarsi a chi non ha avuto discernimento nel farlo; ma non sta in ciò la questione. La legge non imputa il fatto allo autore, ma a colui che ha la colpa di essersi servito di quello, o di non averlo abbastanza vegliato. Giusta il seguente articolo, io sono obbligato pei devastamenti fatti dal mio animale: il mio cane ha agito forse con discernimento? La antica giurisprudenza, che Tonllier pretende conforme alla sua dottrina, era contraria,

poichè, come egli stesso confessa, toglieva al padre la responsabilità, anche per il danno cagionato da un fanciullo senza discernimento, se non avesse potuto prevenire o impedire il danno.

Allorchè l'autore del fatto ha agito con discernimento, di modo che è colpevole del delitto o quasi-delitto, l'offeso può rivolgersi o contro l'autore del fatto o contro la persona dichiarata per legge responsabile, e in tal caso quest'ultima può rivolgersi contro l'autore del fatto per cagion del ristoro da essa pagato.

1385 (1339).—Il proprietario di un animale, o quegli che se ne serve, nel tempo in cui ne usa, è tenuto pel danno cagionato dall'animale, tanto se si trovi sotto la sua custodia, quanto se siasi smarrito o fuggito.*

1386 (1340).—Il proprietario di uno edificio è tenuto pei danni cagionati dalla rovina del medesimo, quando sia avvenuta in conseguenza di mancanza di riparazione, o per vizio della sua costruzione.**

SOMMARIO

I. Responsabilità del danno cagionato dagli animali.

II. Danno cagionato dalla rovina di un fabbricato. Rimando per gli altri casi di respon-

sabilità.

III. Termine in cui deve intentarsi l'azione per il ristoro del danno cagionato dai delitti o quasi-delitti.

I. — Del danno cagionato da un animale, selvaggio o domestico, è responsabile il proprietario, tanto se fosse smarrito o fuggito, quanto se sotto la custodia del padrone o dei suoi dipendenti; la fuga dell'animale costituisce una colpa, perchè non si sono usate sufficienti cautele.

Il proprietario non potrebbe provare di aver fatto ogni cosa onde impedire il male; delle due cose l'una: o non ha preso tutte le prudenti cautele, ed è in colpa; o inefficaci riuscivano tutte le possibili cautele per la cattiveria dello animale, ed è in colpa per averlo conservato (1). Non sarebbe così, se il male fosse avvenuto per colpa dell'attore che avesse provocato lo

animale, o gli si fosse avvicinato non ostante le raccomandazioni del custode.

La regola dell'art. 1385 (1339) si applica ai conigli di una conigliera, poichè chi è proprietario di questa, lo è di quelli; ma non si applicherebbe ai conigli vaganti nei boschi, nè ad altra cacciagione, poichè il proprietario del terreno non lo è della caccia. I proprietari o fittuari delle terre vicine potrebbero dolersi della troppa abbondanza della cacciagione, che recasse loro novero; ma invece di chiamar responsabile il convenuto giusta i nostri articoli, potrebbero allegare soltanto gli art. 1382-1383 (1336-1337), e ne otterrebbero un ristoro, ove provassero che

* Il proprietario di un animale è tenuto al danno da questo commesso, anche senza sua colpa; non mai però con l'arresto personale. C. S. di Napoli, 31 gennaio 1832.

** Il proprietario di un edificio crollato per vizio di costruzione non può sottrarsi al rifacimento

del danno altrui cagionato dalla rovina del medesimo pel semplice motivo che questa rovina abbia avuto luogo dopo il decennio. C. S. di Napoli, 15 dic. 1849.

(1) Parigi, 20 marzo 1846 — Gazzetta dei tribunali, e il Diritto del 21 marzo.

per mancanza del loro avversario si è la cacciagione infinitamente accresciuta (1).

La responsabilità legale è ugualmente imposta a colui che, non essendo proprietario dell'animale, lo ha sotto la sua cura, lo abbia in prestito o a nolo ovvero in deposito; ma se dal padrone non è stato avvertito della natura difficile e pericolosa dell'animale, potrà rivolgersi contro colui. Non fa mestieri dire che non si potrebbe più sotto il Codice, come per dritto romano, sottrarsi all'obbligo di riparare il danno, lasciando l'animale che lo ha cagionato alla persona lesa.

II. — Un ultimo caso di responsabilità legale è previsto dall'art. 1386 (1340). Il proprietario d'una fabbrica crollante è responsabile del danno cagionato dalla sua caduta, se questa avviene per mancanza di riparazione o per vizio della costruzione; ma in quest'ultimo caso il proprietario può rivolgersi contro gli architetti o intraprenditori (art. 1792 (1638)). Il proprietario si presume di pieno dritto in colpa, poichè ha dovuto conoscere il non buono stato in cui era la sua casa, non che i suoi difetti, e le riparazioni di cui avea d'uopo, nè potrebbe provare d'essere stato ingannato, e di ignorarli.

Altre responsabilità sono governate da leggi speciali che sono a parte del Codice Napoleone. Per esempio, la legge del 10 vendemmiaio anno 4, dichiara i Comuni responsabili del danno cagionato sul loro territorio dallo affollamento di genti; ma la Comune può toglier da se la responsabilità provando: 1° che il danno è stato cagionato da stranieri; 2° che ella ha fatto del suo meglio per prevenire il disordine o reprimarlo.

Vedremo anco, nel Codice Napoleone, altre responsabilità. Ove bruci una casa,

gli art. 1733, 1734 (1579, 1580) presumono in colpa, in vantaggio del proprietario, tutti i pigionali della casa, dichiarandoli fino alla pruova contraria, autori responsabili, e solidariamente, del danno che ne è provenuto al proprietario. Tali disposizioni, così rigorosamente eccezionali, per la ragione sopraddeita, non potrebbero estendersi, e la presunzione così stabilita in vantaggio del proprietario, non potrebbe essere da altri reclamata. Ciò non è affatto dubbio, benchè Demante lo metta in questione nel suo *Programma* (II, 879).

III. — Diamo fine a questa materia dei delitti e quasi-delitti con indicare il termine dell'azione con cui si chiede il ristoro di un danno.

Le azioni personali durano trenta anni, per i delitti o quasi-delitti come sempre; pure si farà eccezione ove il delitto o quasi-delitto possa essere punito dalla legge criminale. L'art. 2 del Codice d'istruzione criminale dà un medesimo termine all'azione civile pel ristoro del danno e a quella criminale. Non si è voluto, che prescritta l'azione pubblica si potesse allegare o provare un misfatto da punirsi, anche senza dargli pena. La quale prescrizione, secondo gli art. 637, 638 e 640 (614, 615 e 616) dello stesso Codice; è di dieci anni per i misfatti, di tre per i delitti e di uno per le contravvenzioni.

Ma se la parte offesa, che sapeva di essersi stato un misfatto punibile, avesse soltanto dedotto un semplice fatto civilmente riprensibile, potrebbe con tale precauzione intentar l'azione nel corso di trenta anni, come sempre che il delitto civile, o quasi-delitto non costituisce una infrazione punita dalla legge penale. Negli altri casi l'azione durerà dieci anni, tre od uno, secondo la sopraddeita distinzione.

(1) Rig., 22 marzo 1837 (Dev. e Car., 1837, I, 298).

SUNTO DE' TITOLI III E IV.

DELLE OBBLIGAZIONI.

I. — Si chiama *obbligazione* il vincolo che astringe specialmente uno a prestar qualche cosa ad un altro.

La necessità speciale ad una o più persone e che corrisponde quindi a un dritto puramente relativo e personale, cioè ad un credito, costituisce per se sola la obbligazione. La necessità generale e comune a tutti, che corrisponde al dritto assoluto, al dritto reale, forma un *devere* che si è parimente nell'obbligo di non infrangere, ma che non deve confondersi con la obbligazione propriamente detta.

Così per esempio, mentre il semplice dovere ha sempre per oggetto lo astenersi dai fatti che nuocerebbero ai dritti di un terzo, la obbligazione, al contrario, può avere per oggetto, o di astenersi da un fatto, o di compirlo o di trasferire la pro-

prietà o i suoi smembramenti, o di procurare una cosa con qualunque altro titolo. La obbligazione è sempre per noi, come pei Romani — *vinculum juris quo necessitate adstringimur, ad aliquid dandum, vel praestandum, vel faciendum, vel non faciendum* (art. 1101 (1055)).

II. — Onde trattare con ordine la importante materia delle obbligazioni, noi studieremo successivamente e in cinque capitoli:

1. Le sorgenti della obbligazione;
2. Le diverse specie delle obbligazioni;
3. Lo effetto delle obbligazioni;
4. Le cause di estinzione delle obbligazioni;
5. Infine, la *pruova* delle obbligazioni e della loro estinzione.

CAPITOLO PRIMO

SORGENTI DELLE OBBLIGAZIONI.

III. — La obbligazione può nascere da cinque diverse sorgenti: il Contratto, il Quasi-contratto, il Delitto, il Quasi-delitto, e la Legge.

Tutte le obbligazioni sorgono necessariamente dalla legge (dalla legge civile immediatamente, e insieme dalla legge naturale mediamente). Ma mentre per lo più esse tengon dietro ad un fatto dell'uomo che costituisce un contratto, o quasi-contratto, o un delitto o quasi-delitto, ta-

lune derivano senza alcun fatto dell'uomo e per effetto delle svariate circostanze che era impossibile comprendere con una sola denominazione. La sorgente delle prime, divise in 4 classi, si è indicata col nome generico del fatto che le precede (contratto, quasi-contratto, delitto, quasi-delitto), riservando alle altre il nome del principio comune a tutte (la legge), che diviene così una denominazione speciale per la quinta classe (art. 1170 (1123)).

SEZIONE PRIMA

DEI CONTRATTI.

IV. — Per *contratto* o *contenzione* (essendo queste due parole sinonime nel Codice) intendesi ogni accordo di più volontà intorno ad un oggetto di interesse

giuridico, *consensus plurium in idem placitum*.

Il contratto, che è la sorgente più frequente delle obbligazioni, può anche pro-

durre altri effetti, come noi vedremo nel fine di questa sezione (n. XXVII). Ma noi qui lo studieremo soprattutto come gene-

ratore delle obbligazioni; a cui soltanto si applicano le regole dei paragrafi seguenti (art. 1101 (1055)).

§ 1. — Delle diverse specie di contratti.

V. — Vi sono cinque principali divisioni di contratti.

1. Essi si dividono in *bilaterali* (o *sinallagmatici*) e *unilaterali*, secondo che creano obbligazione da una parte e dall'altra, o solo da una parte. Se il contratto, creando di presente una sola obbligazione, può farne sorgere una reciproca con la esecuzione stessa della convenzione, nomasi *sinallagmatico-imperfetto* (articolo 1102, 1103 (1056, 1057)).

2. Il contratto è di *beneficenza* o a *titolo gratuito*, quando l'una delle parti rende all'altra un servizio col procurarle un vantaggio senza equivalente; è a *titolo oneroso*, quando ognuno dei contraenti intende procurarsi un vantaggio. — Il contratto a titolo oneroso è *commutativo*, se è certo il vantaggio delle due parti; è *aleatorio*, se per le due parti, o solo per una, è

incerto il vantaggio (articolo 1104, 1106 (1058, 1060)).

3. Il contratto è *nominato* o *innominato*, secondo che la legge lo nomina specialmente o pur no. Ma fra noi diversamente che in Roma, esso è obbligatorio in tutti e due i casi (art. 1107 (1061)).

4. Il contratto è *principale*, quando esiste per sè stesso; *accessorio* quando esiste subordinato ad un altro.

5. Infine il contratto è *solenne* o *non solenne*, secondo che per esistere legalmente, si richiedano o no alcune formalità. I soli contratti solenni sono: la donazione fra vivi, le convenzioni matrimoniali e la costituzione d'ipoteca; ma noi parliamo soltanto dei contratti ordinari pecuniari, e non dei contratti puramente morali, come il matrimonio e l'adozione, che hanno regole proprie (*ibid.*).

§ 2. — Delle condizioni richieste per la validità dei contratti.

VI. — Quattro condizioni sono necessarie in tutti i casi per la validità del contratto e delle obbligazioni che ingenera:

1. Il consenso delle parti;

2. La capacità di ogni parte che si obbliga;

3. Un oggetto della obbligazione, lecito e abbastanza determinato;

4. Infine, una causa parimente lecita.

Inoltre i contratti solenni abbisognano di certe formalità speciali (art. 1108 (1062)).

1. Del consenso.

VII. — Il consenso, lo accordo delle volontà, *consensus*, è essenziale in ogni contratto; non è solamente necessario perchè sia valido ed efficace, ma perchè esista e si formi, poichè esso costituisce il contratto. Se dunque una delle parti che hanno contratto (o piuttosto che sembrano aver contratto) era nel far l'atto fuor di senno o per accesso di follia o per febbrile delirio o per ubriachezza, o per altra qualunque causa, il preteso contratto non esisterebbe,

la convenzione non si sarebbe formata, non essendovi *consensus* (art. 1108 (1062)).

Così parimente, se le parti, nella pienezza delle loro facoltà, avessero compreso questa una cosa, e quella un'altra, e non si fossero accordate sulla natura o sull'oggetto del contratto che volevano fare. Così se per un determinato prezzo, voi avete inteso darvi in affitto un oggetto, ed io intendeva comprarlo, ovvero quando voi volevate parlare di uno dei vostri beni, ed io

ne intendeva altro, non ci è stato accordo delle nostre volontà, non si è potuto formare il contratto (*ibid.*).

Costituendosi il contratto dallo accordo delle volontà, la semplice *pollicitazione*, cioè la offerta, la proposta fatta da una parte e non peranche accettata dall'altra, non potrebbe produrrc alcun legame. Siccome l'uomo non può, al pari di Dio, leggere fino nel pensiero; siccome quindi il dritto positivo, il foro esterno, deve solo tener conto della volontà manifestata; il contratto si forma con l'accettazione espressa, o in iscritto, o in parole o in fatti; non basterebbe una volontà *in mente retenta*. Dirà il giudice in fatti se il pensiero sia o no abbastanza manifesto (*ibid.*).

VIII.—Se il mutuo consenso delle parti, se il concorso delle loro volontà è bastevole a formare il contratto, non lo è perchè sia valido; ed il contratto, formato una volta, potrebbe essere infranto, se il consenso, quantunque reale, si fosse dato per errore o estorto per violenza. La lesione ed anche il semplice dolo, di cui una parte è stata vittima, menano qualche volta allo stesso risultamento. In tutti i casi, lo annullamento deve essere domandato in un termine richiesto che appresso indicheremo.

IX.—*Dell'errore*.—Qui non trattasi dello errore pel quale non esisterebbe consenso, e quindi contratto, ma solo di quello che vizia il consenso, e per cui può farsi annullare un contratto realmente formato (articolo 1409 (1063)).

La legge permette che si annulli il contratto per causa di errore: 1. a chi si è ingannato sulle qualità sostanziali dell'oggetto, cioè su quelle che, non capaci di più o meno, fan passarlo da una classe in altra, secondo che esistano o no; 2. a chi ha convenuto con una persona scambiandola per un'altra, quando la considerazione di essa era causa principale e determinante il consenso (art. 1410 (1064)). Di cotesta facoltà, forse esorbitante, può farsi esercizio, purchè l'attore provi lo errore; e quand'anche questo fosse provato,

MARCADE, Vol. III, p. I.

e si ammettesse lo annullamento, potrebbe egli, secondo le circostanze, essere condannato a' danni-interessi per il nocumento recato all'altra parte, con la leggerezza con cui ha contratto (*ibid.*).

X.—*Della violenza*.—Quando una persona si è determinata a fare un contratto per minacce di violenza accompagnate o no da violenze presenti, onde schivare un male considerevole che per quelle minacce egli ragionevolmente teme, la legge riguarda a buon dritto come incompleto e insufficiente il consenso, e permette che il contratto si annulli. Se il timore del contraente sia o no ragionevole, deve valutarsi secondo le circostanze di età, di sesso, di educazione, ecc., della persona contro cui si è usata la violenza (articolo 1411-1415 (1065-1069)).

Il male considerevole per il timore di cui si può annullare il contratto, deve essere personale al contraente.

Ma sovente, il male minacciato direttamente ad altra persona, è un male per me; l'uomo può essere minacciato non solo nel suo corpo o nelle sue sostanze, ma anche nei suoi affetti, e nei suoi sentimenti. Quindi dovrebbero annullare il contratto consentito da me, perchè temeva lo assassinio del fratello, dell'amico, dello estraneo stesso.

Giudicherauno i tribunali, dalle circostanze di ogni affare, se il male che doveva soffrire il terzo fosse stato pure un male considerevole per lo stesso contraente.

Evvi un caso poi in cui non si dà luogo a questa valutazione perchè è *sostituita* dalla presunzione stessa della legge.

Essendo il terzo coniuge, o parente in linea retta di chi contrae, il male che doveva colpire il terzo, partorisce il medesimo effetto, come se direttamente avesse minacciato il contraente (*ibid.*).

Il timore, se pure gravemente scemasse la libertà del consenso, non farebbe annullare il contratto, se non fosse immorale nè nella sua causa, nè nel suo oggetto. Così il profondo rispetto che il contraente

può avere verso una persona, la estrema timidezza che essa gli ispira, la paura che sente di aversarla in niente, non saranno mai cagione di annullamento, se altronde non vi fosse stata minaccia di un male considerevole, timore di danni reali (*ibid.*).

XI. — *Della lesione.* — Il danno provato da una parte in un contratto, è alle volte riguardato dalla legge come lo indizio di un consenso troppo poco illuminato, o inceppato nella sua libertà, e strappato dalla miseria, o da malangurate circostanze; cotalchè può annullarsi la convenzione per insufficienza di consenso.

La quale regola si applica in vantaggio dei minori non emancipati, per tutti gli atti che saranno fatti da essi soli, in luogo del loro rappresentante, o per lo meno sotto la autorità di lui (1), e in vantaggio dei minori emancipati, per gli atti che eccedono la loro capacità determinata nel titolo X del libro I. I maggiori possono allegar la regola; 1° nelle divisioni, per lesione di più di un quarto, e 2° nelle vendite di immobili, per lesione di più di sette dodicesimi (art. 1305 e 1118 (1259 e 1072)).

XII. — *Del dolo.* — Per dolo intendonsi tutte le male pratiche, tutti i mezzi fallaci diretti a trarre in inganno una persona a fare un contratto.

Il dolo per sè stesso, e in quanto dà una azione speciale, non è un vizio di consenso e una causa di annullarsi il contratto. Ma in un dato caso producendo i medesimi risultamenti, per ciò la legge lo pareggia ai vizi del consenso.

Delle due cose l'una; o l'errore cagionato dal dolo versa sulle qualità sostanziali della cosa, ovvero solamente sulle qualità accidentali e secondarie.

Nel primo caso, il vizio del consenso e la causa di annullamento non è il dolo, ma il medesimo errore che avrebbe

sempre prodotto quello effetto, quand'anche non si fosse usato alcun dolo. L'azione allora si fonda sull'errore, e non mai sul dolo.

Quando lo errore riguarda le qualità accidentali, il dolo produce il suo proprio effetto; ma essendo il consenso vizioso per cosa secondaria, non può annullarsi il contratto, per insufficienza di consenso. — Il contratto dunque rimane valido, e lo ingannato può soltanto pretendere dall'autore del dolo i danni-interessi. — Se l'autore del dolo è un terzo, si pagherà una somma di danaro che rappresenti il valore del danno sofferto, secondo che sarà valutato. Se invece il dolo fu praticato da quello con cui si è convenuto; non è necessaria la stima, ma con un mezzo semplice si darà un ristoro rigorosamente esatto, rimettendo le cose allo stesso stato, come se non avesse mai avuto luogo il contratto. Quindi il dolo, quantunque in sostanza faccia sorgere una azione personale di ristoro, fa annullare il contratto se proviene dalla medesima parte.

Per manifestare cotesta idea si è detto, che il dolo è *in personam*, mentre l'errore, la violenza, e la lesione sono *in rem*; cioè che il dolo è causa di annullamento relativamente e riguardo al contraente che ne è in colpa, mentre lo errore, la violenza e la lesione sono cause assolute, e che direttamente attaccano lo stesso contratto (art. 1116 (1070)).

XIII. — Da ciò una pratica conseguenza importantissima. — Se alcuno abbia alienato la proprietà di un immobile per ragione di errore, di violenza o di lesione, il contratto, che può assolutamente annullarsi, si annullerà pure per gli acquirenti, i quali non possono avere un dritto maggiore dello alienante. — Il semplice dolo, al contrario, che lascia il contratto in sè valido, e non può farlo an-

(1) Regolarmente l'atto deve farsi da chi rappresenta il minore; ma il concorso di lui nell'atto che farebbe il minore da se stesso, basterebbe per non rescindersi per lesione; agendo insieme il minore e il suo rappresentante, la presenza del primo non potrebbe rendere inefficace quella del-

l'altro. Perchè l'atto consentito dal solo minore, possa soltanto annullarsi per lesione è necessario che abbia egli intelligenza dei suoi atti: senza ciò l'atto sarebbe radicalmente nullo, inesistente per mancanza di consenso (art. 1305 (1259), n. IV).

nullare che per una azione personale, contro chi l'ha usato, non permetterà di agire contro il secondo acquirente; e colui che è stato vittima del dolo, avrebbe il dritto di essere ristorato in danaro da colui che ha praticato il dolo, o da' suoi rappresentanti. Abbiamo supposto l'alienazione di un immobile perchè il principio, che in fatto di mobili il semplice possesso di buona fede rende immediatamente proprietario, metterebbe al coverto il secondo acquirente, tanto se vi fosse stato errore, violenza e lesione, quanto se dolo.

N. B. Il già detto si applica unicamente al dolo che ha determinato il contratto, senza di cui la parte non avrebbe contratto, e dicesi dolo principale (*dolus dans causam contractui*). Se fosse semplicemente un dolo, senza di cui la parte avrebbe parimente contratto, ma con migliori condizioni, dolo che dicesi incidente (*dolus incidens in contractum*), si dovrebbero sempre i danni-interessi; ma sempre in danaro, e non si potrebbe fare annullare il contratto, se pure il dolo si fosse praticato da colui che ha contratto (*ibid.*).

2. Della capacità.

XIV.—Oltre alla capacità naturale, essenziale alla formazione del contratto, vuolsi anche, perchè desso sia valido, la capacità legale di obbligarsi, la quale richiedesi non in tutte le parti che contraggono, ma in quella soltanto che si obbliga; e ov'ella manchi, l'incapace solo può far pronunziare l'annullamento della convenzione, ma deve domandarlo nel termine e con le condizioni richieste dalla legge, che qui appresso indicheremo.

Sono incapaci di obbligarsi legalmente: 1. gl'interdetti; 2. le donne maritate; e 3. alcune altre persone in casi previsti da speciali testi. Nondimeno le donne maritate, e gl'interdetti in parte, cioè, che dipendono solo da un consulente giudiziario, pos-

sono obbligarsi in certi casi, come noi abbiamo svolto nel sunto dei titoli V, X, ed XI del primo libro.

I minori, sebbene il Codice di ordinario e per vizio di redazione li colloca primi fra le persone incapaci di contrarre (art. 1124 (1078)), nel sistema della legge non sono affatto incapaci, ma solo possono essere restituiti per lesione, come abbiamo visto al n. XI. Questo vero, abbenchè vivamente contrastato, non dovrebbe presentarsi più dubbio in faccia ai vari testi, al confronto del dritto nuovo coll'antico, in faccia alle positive spiegazioni date quando si facevano i lavori preparatori (art. 1305 (1239), n. III).

3. Dell'oggetto.

XV.—Non si comprende un contratto senza oggetto: nei contratti produttivi di obbligazioni, queste costituiscono l'oggetto della convenzione. Ma se è necessario un oggetto ad un contratto, lo sarà pure per la stessa obbligazione, e siccome spesso il contratto potrà far nascere parecchie obbligazioni, così spesso il contratto ha parecchi oggetti. Siccome fa il Codice, noi qui tratteremo dell'oggetto, dell'obbligazione, moltiplice alle volte nel contratto, e non già dell'oggetto di esso contratto.

Perchè un contratto sia validamente fatto, ed ingeneri gli obblighi che si vogliono, è

mestieri che la cosa, che forma l'oggetto di ogni obbligazione, presenti due condizioni: 1. che sia in commercio; e 2. che offra allo stipulante un' utilità positiva per la quale possa costringere colui che si obbliga (art. 1128 (1087)).

XVI.—Innanzi tutto la cosa dev'essere in commercio. Non possono formare oggetto di obbligazione quei fatti o quelle cose di cui, o per l'indole loro stessa, o per la dichiarazione formale del legislatore, l'uomo non possa disporre.

Tali sono:—1. i fatti fisicamente impossibili;—2. i fatti illeciti, cioè contrari o

a un testo della legge, o ni buoni costumi, o all'ordine pubblico;—3. le cose che non esistono in natura;—4. tutte quelle che fan parte del dominio pubblico (fino a quando ne fan parte);—5. le cose di cui l'uomo non può disporre, per un testo espresso della legge, come, in principio, le successioni di persone ancora viventi;—6. le persone e tutto ciò che concerne il loro stato, solo nei casi in cui da testi espressi è permessa la convenzione, come il matrimonio e l'adozione (articolo 1128 (1082)).

XVII.—In secondo luogo, l'oggetto deve esser tale, che chi promette possa esser costretto a procurare un vantaggio allo stipulante. Da questo principio segue, che il contratto sarà nullo se l'oggetto indicato sia talmente indeterminato da potere il preteso debitore eseguire la sua promessa con

un fatto od una cosa di nessun valore; per modo d'esempio, se avete promesso di far qualche cosa, o di consegnare un animale (art. 1123 (1083)).

Parimente il contratto sarà nullo, se l'oggetto della promessa fosse profittevole ad un terzo, di modo che lo stipulante non vi avesse interesse, e quindi non azione per farla eseguire. Del resto, se la cosa o il fatto, utile solo per il terzo, non possono essere l'oggetto della convenzione, poichè allora chi si obbliga non si lega per nulla, ciò non toglie che la cosa o il fatto non si prendano come condizione, o come peso della convenzione (art. 1119-1122 (1073-1076)).

Ritourneremo su questa idea, nella sezione IV, parlando dell'effetto dei contratti.

4. Della causa.

XVIII.—Un'ultima condizione necessaria alla validità ed alla formazione del contratto e delle obbligazioni che ingenera, si è, che ognuna di queste obbligazioni abbia una causa lecita.

In dritto s'intende causa dell'obbligazione, non il motivo primo che ha determinato la parte ad obbligarsi, ma quello immediato della sua obbligazione; cioè, non dee riguardarsi ciò che in ultimo si è voluto conseguire, ma solo quello che si è voluto ottenere immediatamente colla obbligazione. Così, in tutti i contratti a titolo oneroso, la causa dell'obbligazione sta nel vantaggio che l'obbligato ha voluto ottenere dall'altra parte; se il contratto è sinallagmatico, la causa è appunto nell'oggetto della obbligazione reciproca. A mo' di esempio, se mi obbligo di costruirvi una casa, per il prezzo di 50,000 fr. che vi obbligate pagarvi, il pagamento della somma è l'oggetto della vostra promessa, e la causa della mia, e all'inverso la costruzione della casa forma l'oggetto della mia, e la causa della vostra obbligazione. Nei contratti di beneficenza la causa dell'obbligazione è riposta nel desiderio di ren-

dere un servizio (art. 1197, 762, n. II, (1062, 678)).

XIX.—Non può esservi obbligazione se la causa non è reale e lecita. Sarebbe nulla l'obbligazione, la promessa non leggherebbe, se fossero senza causa, o dipendessero da una causa falsa od illecita.

Non può nemmeno comprendersi una promessa senza causa (se non venga da un uomo privo di senno; e allora sarà nulla pel difetto di ragione). Ma la promessa è senza causa, ove questa sia futura, o successiva. Così, se manca il raccolto, per cui mi era obbligato di pagarvi anticipatamente la tal somma; o se la cosa che avea appigionato per più anni, in capo a qualche mese s'incendia, la mia obbligazione è nulla, non essendovi causa.—Se la causa non è reale, ma immaginaria, sarà nulla l'obbligazione, non ostante tut la causa puramente putativa e falsa, poichè in fatti non ha causa.—Parimente sarà nulla l'obbligazione, se la causa è illecita; e tale sarebbe se l'oggetto lo fosse, secondo il da noi detto nel paragrafo precedente (articolo 1131, 1133, (1085, 1087)).

§ 3. — *Della interpretazione dei contratti.*

XX.—Le regole che riguardano la interpretazione dei contratti necessariamente si riducono a questo unico principio, cioè di indagarsi con ogni mezzo possibile qual sia stato il comune intendimento delle parti contraenti.

Così, possiamo scostarci dalla parola, se grammaticalmente non rivela il pensiero delle parti, e per indagarlo si raffronteranno le diverse clausole della convenzione, spiegando l'una coll'altra, e ciascuna con tutto l'atto insieme.

Se le parole usate dalle parti fossero generali, la convenzione si applicherà sempre agli oggetti per cui intesero contrarre; se invece le parti previdero specialmente una ipotesi, onde meglio spiegare la loro

volontà, l'effetto del contratto non si restringerà al caso particolare.

Le clausole che han due sensi s'intenderanno più in quello con cui possono aver qualche effetto, che in quello con cui non ne potrebbero produrre alcuno; che se tutti e due producono effetti, si terrà a quello che meglio confassi alla natura del contratto.

Del resto i principi di equità, le regole generalmente indicate dalla legge per quel contratto, o per quello ad esso più analogo, l'uso del luogo, e le particolari circostanze in cui le parti han convenuto, serviranno di norma per render chiaro o completo il pensiero dei contraenti (art. 1135, 1156, 1164 (1089, 1109, 1117)).

§ 4. — *Dello effetto dei contratti.*

XXI.—Ogni convenzione legalmente formata avrà forza di legge per le parti contraenti.

Però essa non è una legge propriamente detta, nè può esser cassa una decisione per cattiva interpretazione d'un contratto. Ma una sentenza che riconosce in un atto i caratteri del tal contratto, e vi applica poi altre regole, sarà cassa, perchè avrà violato le regole del Codice intorno al primo contratto, e falsamente applicato quelle del secondo. Ma applicandosi dal giudice le regole del contratto, che a diritto o a torto avrà riconosciuto di esistere, si avrà un mal giudicato, una falsa interpretazione della convenzione, ma non mai una falsa interpretazione dei principi di legge (articolo 1134 (1088)).

XXII.—La convenzione ha forza di legge per le parti che contraggono, ma non solo per ciò che è espresso nell'atto, ma anche per tutte le conseguenze che la legge, l'uso e l'equità attribuiscono all'obbligazione secondo la sua indole.—Infatti in generale, diversamente che in Roma ove regole inflessibili e principi matematici mettevano sovente il dritto in urto colla giusti-

zia, i contratti appo noi devono intendersi ed eseguirsi di buona fede; perciò nella interpretazione dei contratti, si vuole non solo che si mettano in chiaro le clausole di un atto, ma che si compiano e suppliscano o colle regole generali della legge, o coi principi dell'equità naturale, o coll'uso dei luoghi; o secondo le altre circostanze in cui le parti han contratto (art. 1135 (1089)).

XXIII.—In generale lo effetto delle convenzioni è di vantaggio o di vantaggio ai contraenti o loro aventi causa: esse non possono recar nè danno, nè vantaggio ai terzi; però evvi qualche eccezione.

Così può farsi una stipulazione in prò di un terzo, come accessoria ad una convenzione per conto proprio; lo stipulante fa offerta di una liberalità, che può revocare fino a che il terzo non l'abbia accettata; accettata, evvi concorso di volontà, e quindi contratto, e non si può più revocare.

Qui supponiamo che l'offerta sia del solo stipulante; perchè se fosse di due, in modo che chi promette intende solo ricompensare il terzo, allora si dovrà revocare di comune consenso delle parti.—Del resto, la liberalità, che è accessoria di un altro con-

tratto, segue le forme di esso, cotachè se non è una donazione, non si richiederà un atto autentico (articolo 1119, 1122 e 1163 (1073-1076 e 1114)).

XXIV.—Le convenzioni avranno effetto in più o contro i nostri aventi-causa, fra cui i nostri creditori. In fatti i creditori, onde essere soddisfatti dei loro crediti, hanno un dritto di garanzia sopra tutti i beni che formano il patrimonio del debitore, il qual dritto cresce o diminuisce secondo che questi colle convenzioni che fa, cresca o diminuisca il suo patrimonio (ibid.).

XXV.—Il creditore, avendo dritto su tutti i beni del debitore, di cui fan parte i dritti e le azioni che gli possono competere, può, onde soddisfare il suo credito, esercitare in nome del debitore tutti i dritti e le azioni di quello. Bisogna però che sia venuto il tempo di pagare il credito, e che il debitore non voglia esercitare il suo dritto, o la sua azione, perchè il vantaggio non sarebbe suo; bisogna infine, per la regola generale che niuno può di suo arbitrio appropriarsi i beni del debitore, che il creditore sia autorizzato dal magistrato.

Ciò nondimanco alcuni dritti sono esclusivamente personali, e non possono da altri esercitarsi; come i dritti di cui lo interesse è puramente morale.

Se alcuni dritti presentano un lato morale, ed uno pecuniario simili in tutto, fa uopo distinguere: se il lato puramente morale è l'oggetto dell'azione, questa dovrà esercitarsi dalla stessa persona: se invece l'oggetto è puramente pecuniario, ed in sostegno della domanda si allega lo interesse morale, l'azione può esercitarsi dai creditori.

Però vi ha di tali azioni, che, quantunque pecuniarie, non possono esercitarsi, come le domande di revoca di una donazione per cagione d'ingratitude, o di danni-interessi per cagione di delitti contro la persona: tali azioni, che han per fondamento una ingiuria, e si estinguono col perdono, non possono esercitarsi che dallo offeso.

Quanto ai dritti puramente pecuniari, può esercitarli il creditore, se un testo speciale non li riserbi alla stessa persona, come il dritto d'uso e di abitazione, la domanda della moglie per separazione di beni, l'azione del retratto successorio.—Ma tranne la formale riserva, questi dritti possono essere esercitati dal creditore: come le azioni di nullità di convenzione, per errore, violenza, lesione o dolo, e le eccezioni che la legge chiama *puramente personali al debitore* parlando di fidejussione. Le quali parole in quella materia si oppongono alle eccezioni reali; il debitore o suoi aventi-causa, e non già il fidejussore, possono allegare la eccezione; si escludono quindi i fidejussori del debitore, e non già i creditori (articolo 1166 (1119)).

XXVI.—Essendo imperfetta la garanzia dei creditori, perchè non han dritto di perseguire i beni del debitore che presso di lui, ed estinguendosi quando egli li alieni, la legge dovea proteggere i primi, contro gli atti fraudolenti del debitore, che fan menomare il suo patrimonio, accordando loro con le condizioni che indicheremo, un'azione che fa dichiarar quell'atto come non avvenuto, e fa rientrare la cosa alienata nel patrimonio, conservandovi sempre il dritto di garanzia: *Permittitur creditoribus rescissa traditione rem petere, id est dicere eam rem traditam non esse, et ob id in bonis debitoris mansisse*. Cotesta azione dicesi rivocatoria, ed anche *Pauliana* dal pretore che l'introdusse in Roma.

Perchè abbia luogo l'azione rivocatoria, è necessario prima, che l'atto abbia provocato o accresciuto l'insolvenza del debitore; che abbia scemato il patrimonio, non bastando che mostri la incuria di lui nello accrescerlo.

Per il rifiuto di nuovi beni non vien scemato l'oggetto della garanzia del creditore; se l'atto onde scemasi il patrimonio non rende insolvente il debitore, i creditori non possono dolersi, rimanendo assicurati i loro crediti.

Fa mestieri inoltre, che l'atto sia fatto con frode, cioè colla conoscenza della in-

solventezza, e del danno che ne viene ai suoi ereditari.

Ma la frode è pur necessaria nella parte con cui ha contratto il debitore? Risponderemo del sì, ove sia un atto a titolo oneroso, poichè allora l'acquirente, di cui vuoi risolvere l'alienazione, dovrebbe, come i creditori, litigare a fin di non perdere, di guisa che se vi è stata buona fede deve rimanere in possesso. Ma se gli atti sono a titolo gratuito, non è necessaria la frode della parte che intende solo a guadagnare, e quindi se vi è stata buona fede, è meno degna di favore che i creditori. — Se un acquirente contro cui si può sperimentare l'azione (perchè di mala fede avrebbe acquistato a titolo gratuito ed anche oneroso) avrà trasmesso la cosa ad un altro acquirente, questi secondo la medesima regola sarà pure conservato se lo acquisto fu a titolo oneroso e di buona fede. Così secondo il nostro antico dritto cui se ne rimette il Codice; ed è ben naturale che contraendo con quegli che sottratti pubblicamente al debitore, debba io avere i medesimi dritti, che se avessi contratto con un mandatario del debitore.

I creditori sperimenterebbero l'opposizione di terzo, ove il debitore li avesse frodati, lasciandosi condannare da una sentenza per collusione col suo avversario.

Quelli che divennero creditori in forza dell'atto fraudolento, non possono domandare la revoca, poichè la cosa che ne è stato l'oggetto non è mai stata di lor garanzia; ma fattasi revocare da un altro creditore, essi ne profitteranno, poichè la revoca, come di sopra vedemmo, fa riguardare quella cosa come non mai uscita dal patrimonio, e tutti i creditori avranno ugualmente dritto al patrimonio, salvo il privilegio o l'ipoteca.

Da nessun testo di legge è prescritto il tempo dell'azione Pauliana, quindi è di 30 anni che incominceranno dal dì dell'atto fraudolento (art. 1167 (1120)); solo in dieci anni si possono intentare le azioni di nullità dall'autore stesso della convenzione.

XXVII. Darem fine a questo paragrafo con una importante osservazione.

I contratti, come abbiain visto nel principio di questa sezione, non mirano solo a creare obbligazioni, ma possono estendere le obbligazioni preesistenti, e sotto il Codice Napoleone trasferire la proprietà o i suoi smembramenti, ove si tratti di corpi certi, e di cose determinate *in ipso individuo*.

Sonvi dunque tre specie di contratti o di convenzioni: 1° contratti che producono obbligazioni; 2° contratti che le estinguono; e 3° contratti che trasferiscono dritti reali. Di che segue che un medesimo contratto può produrre tutti e tre questi effetti, o due di essi, od anche un solo.

Principio nuovo ed importantissimo è il trasferirsi la proprietà ed altri dritti reali per l'effetto immediato della convenzione, pel solo accordo delle volontà, e senza alcun bisogno di consegnar la cosa o trasferir l'atto.

I compilatori del Codice non espressero chiaramente cotesta regola, che può dirsi non esistere nella loro teoria, la quale, sottile sino al ridicolo, val tanto poco, che alla perline non si deve, nè si può tenere in conto alcuno.... Ecco la bizzarra dottrina da loro abbracciata. — « La convenzione di trasferire la proprietà di un oggetto certo, genera sempre, come in Roma e nel nostro antico dritto, l'obbligazione di consegnarlo; l'adempimento di questa obbligazione, cioè la consegna della cosa, ne trasferisce la proprietà. Ma non fa d'uopo che la consegna sia reale, bastando che la sia puramente fittizia e civile, e risulti dalla semplice volontà delle parti. Or questa consegna civile si reputerà esistente di pieno dritto in tutte le convenzioni, senza bisogno di una dichiarazione espressa ». — È questo il sistema del Codice di cui l'ultima idea distrugge le prime, e si restringe in ciò, che sempre (tranne che le parti avessero manifestato una contraria volontà) la medesima convenzione di trasferire il dritto, recherà in atto immediatamente il trasferimen-

to (1), senza che punto sia necessaria la consegna reale (art. 1138 (1092)).

La convenzione, tuttochè trasferisca immediatamente la proprietà, crea la doppia obbligazione: 1° di fare la consegna reale o il rilascio della cosa al tempo convenuto; 2° di conservare l'oggetto sino al rilascio (art. 1136 (1090)).

I compilatori lunga pezza dubitarono se la trascrizione dell'atto dovesse imporsi come una necessità per il trasferimento dei diritti reali immobiliari; ma rigettata questa necessità, fu stabilito il trasporto pieno ed assoluto del diritto, tanto per gli immobili che per i mobili (articolo (1140 1094)) (2).

SEZIONE II.

DEI QUASI-CONTRATTI, DE' DELITTI, DE' QUASI-DELITTI E DELLA LEGGE.

§ 1. — Dei quasi-contratti.

XXVIII. — Dicesi quasi-contratto, nel sistema del Codice, il fatto volontario e lecito, che obbliga, senza alcuna convenzione, ora l'autore del fatto soltanto verso i terzi, ora i terzi e l'autore del fatto reciprocamente, ora anche i terzi soltanto verso l'autore del fatto (art. 1371, (1325)).

Fra i casi più comuni di quasi-contratto contasi l'accettazione d'un'eredità; la quale, mentre da una mano non forma una convenzione, dall'altra, è un fatto volontario (essendo lo erede libero di rinunciare), e insieme lecito, e da cui si generano ob-

bligazioni. — Imperocchè, mercè tal fatto, l'erede è obbligato a soddisfare i legati, i quali, ove rinunzi, potranno essere pagati sopra i beni ereditari; parimente l'erede è obbligato rispetto ai creditori ereditari di aver per suoi i debiti dell'autore, come i debitori ereditari sono obbligati di riconoscere lui per creditore in luogo del defunto (*ibid.*).

La legge tratta specialmente di due quasi-contratti, di cui diremo qui le principali regole.

1. Del quasi-contratto di gestione d'affari.

XXIX. Colui che di sua volontà e senza mandato si fa gestore degli affari altrui; è soggetto a tutte le obbligazioni di un mandato formalmente accettato. Egli deve continuar l'amministrazione sino a che il proprietario o i suoi eredi potessero prenderne cura, dovendo anche incaricarsi di tutte le conseguenze dello affare (art. 1372, 1373 (1326, 1327)).

La obbligazione che ha il gestore di continuare l'amministrazione, anche dopo morto il proprietario, è più rigorosa di

quella imposta al mandatario, il quale merita invero maggior favore. — Pure, ove occorresse, il gestore potrebbe ritirarsi, senza però che ciò sia nocivo o intempestivo. — Della sua amministrazione è tenuto a dare un conto più severo del mandatario; non pertanto, secondo i casi, si potrà essere men severi. — Se egli ha surrogato alcuno nella sua amministrazione, il proprietario potrà direttamente dirigersi insieme e contro di lui e contro il sostituto (art. 1374 (1328)).

(1) Il trasferimento della proprietà del mobil pel semplice effetto del contratto non potrebbe impedire che di due compratori, ai quali successivamente si fosse venduto da una persona il medesimo oggetto, non ne rimanesse proprietario il secondo, se di buona fede ne avesse ricevuto il possesso. — Il primo ne avea acquistato la proprietà

sin dal momento della convenzione; ma la sua proprietà, secondo il principio dell'art. 2279 (2185), è stata distrutta colla prescrizione istantanea dell'altro che ha posseduto l'oggetto di buona fede (art. 1141 (1095)).

(2) Ciò è stato modificato dalla legge del 23 marzo 1855.

Allorchè il proprietario conosce che altri amministra, non sembra dubbio, che secondo i casi vi sia un tacito mandato, poichè in Roma stessa il mandato era un contratto consensuale; ma è questa una quistione di fatto che si risolverà necessariamente secondo le circostanze (articolo 1372 (1326)).

Alle obbligazioni del gestore seguono quelle del proprietario. — Perchè questi sia obbligato, è necessario che la gestione sia stata *utile*; non sarebbe tenuto, come il mandante, per un affare *non buono*. La inutilità di una impresa non si vedrà dall'evento; bisogna risalire al principio dell'operazione, e conoscere se avea uno scopo realmente utile. — Se il gestore ha contratto obbligazioni in nome del proprietario, questi deve adempirle direttamente, tranne che l'affare sia inutile, poichè allora non è tenuto a niente. — Il terzo può rivolgersi contro il gestore per il danno cagionatogli dalla di lui imprudenza. — Se il gestore si è obbligato nel suo nome

proprio, il terzo, per analogia del mandato, ha un'azione contro il proprietario, oltre quella contro il gestore. — Per la medesima analogia, il gestore ha dritto agl'interessi delle spese dal giorno in cui le ha fatto (art. 1375 (1329)).

XXX. — Le sopradette regole si applicherebbero a colui che ha amministrato l'affare altrui per errore e nella credenza di esser suo. — È quasi-contratto qualunque amministrazione di affari altrui, anche senza il pensiero che fosse d'altri, e senza perciò lo intendimento di obbligare altrui. — Ciò è secondo equità. — Se una persona amministrasse lo affare di un terzo, non ostante il di costui divieto, potrebbe sempre ripetere dal proprietario ciò di cui quest'ultimo si sia arricchito per la sua amministrazione. — Le nostre leggi, conformi all'equità, non consentono che alcuno si arricchisca *giammai* a spese d'un terzo, quand'anche questi fosse in colpa e di mala fede (*ibid.*).

2. Del pagamento dell'indebito.

XXXI. — Si prevedono due casi distinti: 1° quello in cui non era creditore chi ha ricevuto il pagamento; 2° quello in cui il vero creditore ha ricevuto da chi non era debitore. — In quest'ultimo caso, chi non era debitore non può ripetere se non quando ha pagato per errore, perchè colui che ha fatto un pagamento, conoscendo di non esser debitore, deve tenersi come se l'abbia fatto per conto del vero obbligato di cui ha amministrato lo affare. — Quindi chi non era debitore ed ha agito con scienza, non potrà rivolgersi contro il creditore che ha validamente ricevuto, ma solo contro quello per cui ha pagato, con l'azione *negotiorum gestorum*. — Nel primo caso invece si può ripetere, siavi stato o pur no errore. — In dritto romano, quando era stato pagato un indebito senza errore e con *proposito*, non si poteva ripetere; si riteneva essersi fatta una donazione; ma respinto dal nostro Codice cotesto sistema, la cosa che non era dovuta può sem-

pre ripetersi, almeno in quanto cosa pagata (art. 1376, 1377, (1330, 1331)).

Non bisogna nemmeno distinguere, come sotto il dritto romano, lo errore di fatto e lo errore di dritto (*ibid.*).

Dai principi di equità stanziati dal Codice Napoleone, sorge una necessaria conseguenza, che il debitore a termine, il quale ignorando di esservi un termine, paga immediatamente ciò che deve in tempo più remoto, può ripetere ciò che ha pagato e goderne fino al termine posto. — Non ostante il termine, la cosa è dovuta, è vero, ma *quanto al capitale, quanto al fondo*; il godimento, gl'interessi non son dovuti innanzi di venire il tempo del pagamento. — Dunque colui che per errore perde il godimento o gl'interessi con un pagamento anticipato, paga più che non deve, ed ha dritto di ripetere. — Nel caso stesso in cui il pagamento si è fatto per errore da chi non era debitore al vero creditore, non si può più ripetere, se per

effetto del pagamento il creditore ha sopra il suo titolo di buona fede, cioè ignorando che chi ha pagato non fosse suo debitore. — La buona fede sta nella falsa credenza che la cosa sia dovuta, e la mala fede è l' conoscenza che la non sia dovuta (*ibid.*).

XXXII.—Colui che ha ricevuto indebitamente danaro o altre cose indeterminate, sia di buona o mala fede, deve restituire o le identiche cose o altre di similgiante quantità e qualità. Se di buona fede, non è tenuto ad altro, se di mala fede deve pagare o il prezzo delle cose, o gl'interessi del danaro quand'anche non li avesse percepito. Il solo possessore di buona fede fa suoi i frutti (articoli 1378, 1380 (1332, 1334)).

Chi ha ricevuto un immobile o un corpo certo, deve restituirlo in ispecie, se lo possiede ancora.—Intorno ai frutti, vale la sopra riferita distinzione.—Oltre a ciò, se è di mala fede al tempo del deterioramento, della perdita o della alienazione; nei due ultimi casi, deve restituire il valore reale, e nel primo ristorare il proprietario, quando anche i deterioramenti fossero avvenuti per caso fortuito, tranne non provi che sarebbero parimente avvenuti presso il proprietario.—Essendo di buona fede, non risponde nè dei deterioramenti nè della perdita derivata dalla sua negligenza (*ibid.*).

Lo immobile, che si è indebitamente

ricevuto e poi alienato, può rivendicarsi contro il terzo acquirente da colui che lo ha indebitamente pagato. Non potendosi trasferire dritti che non si hanno, lo acquirente non può divenir proprietario di una cosa alienata da chi non ne era proprietario.

Colui che ha ricevuto, per preteso pagamento, lo immobile che non gli era dovuto, non può divenirne proprietario, poichè il rifiuto gli è stato fatto per errore e per una falsa causa.—Perchè così non fosse, ci vorrebbe un'eccezione nella legge. L'attore in evizione sarà tenuto ad indennizzare allo alienante, quando questi fosse di buona fede, tutto ciò che pagherebbe all'acquirente oltre il prezzo ricevuto. Il danno dev'essere di colui la di cui imprudenza e disaccortezza ne sono state la causa (*ibid.*).

È necessario conoscer l'indole delle spese fatte dal possessore di buona o di mala fede.—Quelle fatte per conservar la cosa devono restituirsi sempre e per intero, sia di buona o di mala fede il possessore. Per le spese semplicemente utili, ma non necessarie, si applicherà la regola generale dell'art. 553 (480) per qualunque possessore.

Dall'ultimo le spese voluttuose non si debbono rimborsare dal proprietario, salvo il dritto al possessore di togliere ciò che si può, rimettendo i luoghi nel loro primiero stato (art. 1381 (1335)).

§ 2. — Dei delitti e de' quasi-delitti.

XXXIII.—In dritto civile si dice *delitto* qualunque fatto, volontario ed illecito che reca danno ad altrui, eseguito con intenzione di nuocere.—Il quasi-delitto differisce solo in ciò, che non è accompagnato dalla intenzione.

Il delitto e il quasi-delitto danno luogo a ristoro ove concorrono le due condizioni: 1° che il fatto sia illecito, cioè che sia una violazione del dritto; 2° che si possa imputare all'autore, cioè che sia volontario e fatto con proposito (art. 1382, 1383 (1336, 1337)).

È il medesimo tanto se si trascuri di far qualche cosa, che se si compia un fatto. La omissione dev'essere imputabile e illecita, a fin di dar luogo a ristoro, nè si risponde del non aver fatto una cosa, che non sia dalla legge ordinata (*ibid.*).

La legge qui parla della violazione dei doveri generali, e non dei doveri speciali che sorgono dalle obbligazioni. La qual distinzione è importante per le conseguenze che trarrebbe seco la falsa idea della identità dei doveri generali e degli speciali, riguardo ai danni che non si pos-

sono prevedere.—Sarebbero false le conseguenze, se si applicasse qui la distinzione stabilita dalla legge per la violazione delle obbligazioni (*ibid.*).

XXXIV. I casi in cui la legge impone che una persona debba rispondere del danno cagionato, o da persone sue dipendenti o da animali o cose che le appartengono, o le sono state confidate costituiscono quasi-delitti (art. 1384, 1386 (1338, 1340)).

La quale responsabilità è fondata sulla presunzione legale, che l'obbligato sia in colpa di non avere, come doveva, vegliato alle persone, o alle cose; e tal presunzione (che qui deriva di pieno dritto dalla prova del danno cagionato dalle persone, dagli animali, o dalle cose) è, secondo i casi, più o meno severa (*ibid.*).

XXXV.—Il padre è responsabile del danno cagionato dal figlio, finchè questi sia minore ed abiti con lui, sia o pur no emancipato; non così se è maritato, poichè allora non è soggetto alla patria potestà. Se il padre è nella impossibilità di sorvegliare il figlio, ne è responsabile la madre.—Essendo i coniugi separati di persona, ne risponde quello a cui è stata affidata la custodia dei figli.—Ne risponde pure il tutore che è incaricato della cura del pupillo.

Le riferite persone possono togliersi la responsabilità, provando di non aver potuto impedire il fatto dannoso, non ostante la loro sorveglianza e le loro sollecitudini.

Parimente i precettori e gli artigiani debbono rispondere del danno cagionato dagli allievi ed apprendenti.

I padroni e i committenti sono altresì responsabili: però non possono provare essere stato loro impossibile di impedire il fatto dannoso cagionato dai loro domestici o garzoni nello esercizio dell'ufficio a cui erano destinati.

Se l'autore del fatto ha agito con discernimento, l'offeso può rivolgersi o contro di lui, o contro la persona civilmente responsabile; la quale, se ha pagato il ristoro, ha il dritto di rivolgersi contro di

quello (art. 1384 (1338)).

XXXVI.—Il proprietario di un animale, tanto se si trovi sotto la sua custodia, quanto se sia smarrito o fuggito, deve rispondere del danno che abbia cagionato; poichè o rendesi in colpa, per aver mancato di cautela, o l'animale è di tal natura da render vana ogni cautela, e quindi è in colpa per averlo conservato (art. 1385 (1339)).

La stessa responsabilità si avrebbe pei conigli di una caccia riservata, non per quelli vaganti nei boschi, nè per tutt'altra cacciagione, perchè i conigli appartengono al proprietario del luogo chiuso, ma la cacciagione non è di quello, sul cui terreno passa (*ibid.*).

Celui che prende a nolo o in prestito un animale, e lo riceve a titolo di deposito, ha la medesima responsabilità: se non che può rivolgersi contro il proprietario ove questi non lo abbia avvertito della natura difficile e pericolosa indole dell'animale (*ibid.*).

Da ultimo il proprietario d' un edificio deve rispondere del danno cagionato dalla sua ruina, caso avvenga per essere stato non riparato o mal fabbricato; però nell' ultimo caso il proprietario può rivolgersi contro gli architetti, o gli imprenditori. Anche qui havvi una presunzione legale, e il proprietario non è ammesso a provare di non aver potuto impedire l' accidente (art. 1386 (1340)).

Alcune leggi speciali fuori il Codice Napoleone regolano vari altri casi di responsabilità, ed altri pure ne incontreremo nel Codice.

XXXVII.—Poche altre parole intorno alla durata dell' azione per il ristoro del danno.

In principio, come tutte le azioni personali e mobiliari, dovrebbe durare trent'anni. Ma se ne è fondamento una infrazione punita dalla legge penale, si prescrive, insieme con questa, in dieci anni pei misfatti, in tre pei delitti, in un anno per le contravvenzioni.

Se la parte offesa si querela, non del misfatto punibile con pene criminali, ma d'una

semplice colpa civilmente riprensibile, l'azione sarà di trenta anni, come sempre che il delitto civile o il quasi-delitto non co-

stituisca infrazione punita dalla legge penale (art. 1386 (1340)).

CAPITOLO SECONDO

DELLE DIVERSE SPECIE DI OBBLIGAZIONI.

XXXVIII. Si possono sotto vari aspetti distinguere le molte divisioni delle obbligazioni.—Le obbligazioni sono *convenzionali* o *non convenzionali*, secondo derivano o no da una convenzione o da altra fonte (*Rubrica dei titoli III e IV*).—Sono *positive* o *negative*, secondo che consistano a fare o dar qualche cosa, o non dare o non far qualche cosa (art. 1136, 1142 (1090, 1098)).—*Liquide* o *non liquide*, secondo che la quantità del loro oggetto sia di presente determinata o no (art. 1291 (1247)). Sono di *corpo certo* o di *genere*, secondo che l'oggetto è determinato nell'individuo stesso, o solo nella sua specie (art. 1302 (1236)).

Sono *privilegiate* o *non privilegiate*, *principali* o *accessorie*, *civili* o *naturali*, ecc...

Sarebbe inutile l'insister su tutte queste divisioni, ed oltre la distinzione fra le civili, e le naturali, di cui è indispensabile dir qualche parola, tratteremo solo con ordine più logico di quelle porte dal Codice.

XXXIX.—Parrebbe semplicissimo il dire, che l'obbligazione naturale in contrapposto della civile, benchè nulla per legge positiva, è quella valida in ragione e in coscienza. La quale nozione esattissima ove si dovesse opporre la morale al dritto, diviene qui difficile, anzi impossibile.

In fatti, se questa obbligazione è un dovere che la legge positiva riconosce e protegge (tuttochè la distingue dalla obbligazione ordinaria), e se il nostro Codice d'altro lato, divergendo dal dritto romano, segue tutte le regole dell'equità, ed ammette come civilmente efficace qualunque grave e lecita convenzione, come mai un'obbligazione può parer equa agli occhi del legislatore, e non esser per questo stesso

un'obbligazione civile ordinaria; come mai la legge potrebbe ammettere un'obbligazione come giusta e ragionevole, e negarle l'efficacia giuridica? Appo noi qualunque obbligazione, perchè riconosciuta dalla legge, dovrebbe essere un'obbligazione civile.

Così nella realtà delle cose questa distinzione è spesso un semplice modo di dire; poichè l'obbligazione di cui si tratta, diviene efficace *civilmente* da che la legge ritiene che naturalmente esista.

Se il legislatore la ritiene prima nulla *secondo equità come secondo il dritto*; la dichiara valida *secondo il dritto come secondo equità*; ove la volontaria esecuzione del debitore, o qualche atto di costui che attesti il valore reale del debito, indichi l'errore in cui si è incorso.

Il Codice Napoleone adunque intende per obbligazione naturale, quella che una presunzione generale d'invalidità fa ritenere nulla dal legislatore, ma che di poi sanziona perchè il libero adempimento o qualche atto equivalente dimostri falsa quella presunzione.

Ma non potrebbero sanzionarsi le illecite, che sono invalide, perchè la legge le vieta: Il legislatore non potrebbe proteggere lo adempimento di una convenzione, che egli assolutamente ha proscritto (art. 1233, 1272, n. III (1188, 1226)).

XL.—Ciò premesso, parleremo in questo capitolo successivamente:

1° Delle obbligazioni pure e delle condizionali;—2° delle obbligazioni a termine, e di quelle per le quali è venuto il tempo di soddisfarle; 3° delle obbligazioni semplici e di quelle composte, quanto al loro oggetto, che sono le congiuntive, alternative e facultative; 4° delle obbligazioni uniche, e delle multiple, quanto alle

persone che sono le congiuntive e le solidali;—5° delle divisibili e delle indivisibili;—6. infine, delle principali e delle ac-

cessorie, specialmente per quel che concerne la clausola penale.

SEZIONE PRIMA.

DELLE OBBLIGAZIONI CONDIZIONALI.

§ 1. — Della condizione in generale e delle sue differenti specie.

1. Natura della condizione e sue differenti specie.

XLI. — La condizione è l'avvenimento futuro ed incerto da cui dipende l'esistenza d'un dritto, che si formerà o pur no, secondo l'avvenimento avrà o no il suo effetto.

L'avvenimento dev' essere futuro ; non sarà quindi condizione quello che è già compito e che è ignorato dalle parti. Non sarà condizionale un' obbligazione che dipende da tale avvenimento , quantunque le parti al presente lo ignorassero ; ma sarà solo soggetto ad un termine, perchè non potrebbe eseguirsi nel tempo che è necessario onde conoscere se esista o no il fatto previsto. Inoltre l'avvenimento futuro deve essere incerto, poichè se è inevitabile che si effettuasse, l'obbligazione sarà immediatamente formata, ma soggetta ad un termine (articolo 1168, 1181 (1121, 1134)).

XLII. — È essenziale alla condizione il sospendere l'esistenza dell'oggetto intorno a cui versa: condizionale è una cosa che esisterà se... e non esisterà se... La condizione dunque è necessariamente e sempre sospensiva, versi sulla risoluzione d'un dritto o sul dritto istesso. In quest'ultimo caso è condizionale il dritto (per esempio, l'obbligazione) ; nel primo la risoluzione del dritto , che rimane puro e semplice. Pure, siccome la condizione che non può sospendere il dritto o la sua risoluzione, avverandosi fa risolvere il dritto pienamente e retroattivamente , si usa riguardare lo stesso dritto soggetto alla condizione, che si è detta per questo risolutiva. Questo modo di dire che presenta due condizioni, sebbene una sola ne possa esi-

stere, è indifferente, ove si comprendano le idee che poco esattamente esprime (articolo 1168 (1121)).

Si avverta però che, in qualunque trasferimento di dritti reali , una condizione sospensiva o risolutiva , esisterà solo per una parte ; per l'altra la contraria. Se il compratore ottiene il dritto soggetto a condizione sospensiva, il venditore lo conserverà con la condizione risolutiva, e viceversa (*ibid.*).

Del resto la condizione sospensiva o risolutiva può essere lo avverarsi o il non avverarsi di uno avvenimento; in modo che la condizione sarà ora positiva ed ora negativa.

XLIII. — Le condizioni che hanno per oggetto una cosa impossibile, contraria ai buoni costumi, o proibita dalla legge, sono nulle e rendono pure tali le convenzioni , che ne dipendono (art. 1172 (1125)).

Ma questa regola , a cui la legge per una pratica inescusabile sottrae i testamenti e le donazioni (art. 900 (816)), deve con accorgimento applicarsi.

Quindi se la condizione sospensiva d'una cosa impossibile, immorale od illecita , è sempre nulla ed annulla la convenzione positiva, che consiste cioè in fare la cosa prevista, conserverà, secondo i casi, tutto il suo valore, se quella è negativa, e consiste in non fare. Sicchè per la condizione risolutiva la regola sarebbe l'opposto che per la sospensiva (art. 1172 (1125)).

XLIV. — La legge distingue ancora le condizioni in casuali, potestative e miste.

La condizione si dice potestativa, quando sta in una delle parti il fare che ac-

cada o no l'avvenimento previsto: *mista*, se lo avvenimento dipenda insieme dalla volontà d'una parte, e da quella d'un terzo: *casuale* qualunque altra che o dipende interamente dall'azzardo o dalla volontà esclusiva d'un terzo, o dal caso e insieme dalla volontà d'un terzo, o finalmente dalla volontà d'un terzo, e dal caso (art. 1169-1171 (1122-1124)).

Questa distinzione importante per le donazioni, qui è di nessun momento: la condizione potestativa che abbiamo definita secondo il Codice, non è quella che rende nulla l'obbligazione che ne dipende, sicchè debbonsi distinguere due condizioni potestative: la prima, definita più sopra che consiste in un avvenimento dipendente da una parte, lascia sempre valida l'obbligazione; la rende nulla la seconda, che di-

pende dal capriccio dell'obbligato, *in mera voluntate debitoris*, senza che si debba far compire o mancare alcuno avvenimento, o con un avvenimento insignificante, che equivalga al puro capriccio, p. e. vi pagherò 600 fr. *se lo voglio o se bevo un bicchiere di vino* (art. 1174 (1127)).

Ma se ogni formola che equivalga al *si voluero* rende nulla la obbligazione, se il preteso vincolo realmente non esiste (poichè chi dice *mi obbligo se voglio*, non si obbliga), non sarà nulla quella obbligazione che non ha il *cum voluero*, poichè in tal caso, tranne non appaia essersi voluto fare uno scherzo, il vincolo esiste, e dovrà solo valutarsi quanto tempo si sia voluto lasciare al debitore: vi sarà allora, non una condizione, ma un termine (art. 1183 (1138)).

2. Dello adempimento delle condizioni.

XLV. — Si domandava una volta se le condizioni debbono essere adempite *in forma specifica*, ovvero anche *per aequipollens*. Oggi che al senso letterale delle parole prevale la intenzione delle parti, non sarebbe più quistione; la condizione si adempie per equivalente (art. 1156-1157 (1109-1110)).

Di che segue che la condizione apposta alla obbligazione dal debitore è compiuta, se manca per sua colpa: è un giustissimo equivalente (art. 1178 (1131)).

La condizione positiva, finchè non vien meno, e non si ha la certezza che non avrà luogo l'avvenimento, può sempre adempirsi; al contrario è mancata, scorso che è il termine assegnato innanzi di avverarsi l'avvenimento (art. 1176 (1129)).

La condizione negativa al contrario è compiuta, scorso il termine posto, senza che lo avvenimento abbia effetto, o se pria si è certi che non sarà per effettuarsi (art. 1177 (1130)).

3. Dello effetto delle condizioni.

XLVI. — Il dritto condizionale *esiste* o non è *giammai esistito* fin dal momento della convenzione, per la retroattività inerente a qualunque condizione. È questo lo effetto immediato e principale delle condizioni, da cui scaturiscono tutte le regole relative ai rischi, ai frutti, ecc. Quindi *pendente conditione* il dritto, sebbene ancor non esista, si repulerà come se fosse sempre esistito, avverata la condizione; questa mancata, si repulerà come non mai esistito.

La condizione retroagisce al giorno del

contratto, ed allora reputandosi il dritto come appartenuto sempre al creditore, ne conseguita necessariamente che il dritto gli apparterrà tale quale era al giorno del contratto; di guisa che tutti i dritti costituiti dal debitore, *pendente conditione*, sopra l'immobile che avea promesso di rilasciare condizionatamente, svaniranno insieme con la stessa proprietà; e i frutti percepiti *pendente conditione* debbono restituirsi all'acquirente, salvo al venditore di farsi render conto degli interessi del prezzo.

I quali effetti potranno modificarsi dalle parti senza bisogno di manifestare espressamente la loro intenzione.

XLVII. — Non ostante il principio della retroattività, il creditore potrà *pendente conditione* prendere tutti i provvedimenti onde conservare il suo dritto, e gli atti

che farà a tal fine dovranno rispettarsi dal debitore. Vero che il dritto del creditore non è ancor sorto, e che egli ha solo una speranza, ma ciò basta perchè si autorizzino gli atti conservatori (articolo 1180 (1133)).

§ 2. — Della condizione sospensiva.

XLVIII. — La condizione sospensiva che si compie, retroagisce al giorno della convenzione e fa riguardare il creditore, come investito sin da allora del dritto convenzionale.

Il qual principio non è realmente assoluto. Infatti, perchè si possa retroagire, bisogna che la cosa che forma la materia della convenzione, esista quando avviene la condizione: altrimenti, se la cosa fosse perita, quella si compirebbe invano; dappoichè l'obbligo del debitore non potrebbe sorgere per mancanza di *oggetto*, e quello del creditore, supponendo un contratto a titolo oneroso, non potrebbe esistere per mancanza di *causa*. La cosa adunque, essendo un corpo certo determinato, rimane a rischio del debitore (art. 1182, § 2 (1133)).

Se la cosa, invece di perire per intero, si fosse solo deteriorata per colpa del debitore, sarebbe a scelta del creditore o rescindere il contratto, o prender la cosa per il prezzo che vale, potendo in ambi i casi ottenere più ampi danni ed interessi (art. 1182, § 4 (1133)).

Se i principi giustificano le soluzioni dei due precedenti paragrafi, non fanno similmente per l'altra nel caso in cui, *pendente conditione*, la cosa si deteriori senza colpa del debitore. In tali circostanze dovrebbe il creditore soffrire il deterioramento, come godrebbe dei miglioramenti e degli accrescimenti. Ma essendo formale la legge, si dovrà lasciare al creditore la scelta o di risolvere la obbligazione o di prendersi la cosa nello stato in cui è, senza scemare il prezzo (art. 1182, § 3 (1133)).

§ 3. — Della condizione risolutiva.

XLIX. — Non solo l'esistenza d'una obbligazione può andar soggetta al compiersi o no di una condizione (che la legge chiama allora *sospensiva*), ma anche la sua risoluzione. Di quest'ultima che è espressa o tacita, ora tratteremo.

L. — *Della condizione risolutiva espressa*. Allorchè le parti nel creare un dritto, stipulano che si risolverebbe secondo che avvenisse o no il tal caso, il dritto esiste dal dì del contratto, e quindi da allora può recarsi in effetto. Ma se puro e semplice è il dritto così stabilito, non è tale il suo risolvimento che riman sospeso fino a che non giunga il previsto avvenimento. E come nella condizione sospensiva, così in quella risolutiva il compiersi dello avvenimento retroagisce al dì della conven-

zione onde rimettere le cose nel medesimo stato come se il dritto non fosse mai esistito, e onde obbligare quindi il creditore a restituire ciò che ha ricevuto (articolo 1183 (1136)).

Si noti, che essendo *una sola* la condizione, sempre la sospensiva, sia che la sospensione versi sul dritto in se stesso, ovvero sulla sua risoluzione, si applicheranno alla condizione risolutiva i principi della retroattività con tutte le sue conseguenze relative ai rischi, frutti, ecc.

LI. — *Della condizione risolutiva tacita*. Allorchè in un contratto bilaterale una delle parti si obbliga verso un'altra, ognuna vuole eseguire la sua obbligazione, quando l'altra esegue la sua. Quindi è stabilito il principio che in ogni contratto bilaterale, la

condizione risolutiva si sottintende sempre quando una delle parti non adempie la sua obbligazione.

Per tal condizione diversamente dalla *espressa*, la quale appena compiuta, opera immediatamente in vantaggio dell'una o dell'altra parte a loro insaputa, la parte, verso la quale non è stato adempito l'obbligo, può soltanto chiedere si risolva il contratto dal magistrato, il quale secondo i casi potrà accordare al convenuto un tempo onde eseguire. Del resto il semplice ritardo dello adempimento può dar luogo a danni interessi, sia che vogliasi conti-

nuata la esecuzione di un contratto, o che questo si voglia risolto.

Quando le parti hanno *espressamente stipulato* che il contratto si risolverebbe ove non fosse adempito, tale stipulazione, detta *patto commissorio*, non formerebbe la condizione risolutiva dell'articolo 1183 (1136). Difatti, quest'ultima opera per le due parti *ipso facto*; invece, il *patto commissorio* potrà soltanto esser messo innanzi dalla parte verso la quale non si è eseguito, senza pregiudizio del dritto che si avrebbe per la esecuzione del contratto (articolo 1184 (1137)).

SEZIONE II.

DELLE OBBLIGAZIONI A TERMINE.

LII.—L'obbligazione a termine, a differenza della condizionale, esiste dal dì della convenzione; ma il dì del pagamento è sospeso fino al giungere del termine (articolo 1185 (1138)).

Il termine per cui il creditore non può esercitare il suo dritto, si presume sempre stabilito in favore del debitore, che potrà rinunciarvi, essendo ognuno libero di rinunciare a un beneficio per se introdotto.

Ma non si potrà pagare pria del termine, ove questo interessi tanto il debitore che il creditore, o solo questi, secondochè risulti o da una convenzione espressa o dalle circostanze (art. 1187 (1140)).

LIII.—Il termine è *di dritto* o *di grazia*, sia che risulti dalla convenzione o che si accordi dal giudice. Il primo, che si dice altresì *convenzionale*, è *espresso* o *ta-*

cito, secondochè sia formalmente stipulato, o derivi solo dalla natura stessa della convenzione (art. 1185 (1138)).

LIV.—Pria di spirare il termine, non potrà esigere il creditore, tranne non si sia rinunciato il beneficio, ciò che il debitore doveva con quella condizione.—La rinuncia può farsi o espressamente o tacitamente, e la legge la presume dalla anticipazione del pagamento; ma questa presunzione può impugnarsi dal debitore il quale potrà domandar la restituzione provando di aver pagato, ignorando il termine (articolo 1186 e 1376 (1139, 1330)).

Il beneficio del termine non può più invocarsi dal debitore, se fallito o decotto, o se ha scemato per fatto suo le cautele date o promesse nel contratto, o non le ha recate in effetto (art. 1188 (1141)).

SEZIONE III.

DELLE OBBLIGAZIONI ALTERNATIVE E FACULTATIVE.

LV.—L'obbligazione è *alternativa*, quando ha più oggetti, con un solo dei quali, a scelta di quella parte, cui spetta, si sarà liberato.—Così io son tenuto o a darvi la tal casa o 60,000 fr. ovvero a fare il tal lavoro. La scelta, in principio, è del debitore, ma può essere del creditore (arti-

colo 1189, 1190 e 1196 (1142, 1143, 1149)).

L'obbligazione è *facultativa*, quando, sebbene vi sieno più cose da dare o da fare, l'oggetto è un solo, l'altro o gli altri, essendo indicati come oggetto di una facoltà riservata al debitore, così io vi debbo la

casa e non altro; ma potrà liberarmene, dandovi 60,000 fr. (art. 1196 (1149)).

In principio, ed ove la scelta sia del debitore, le due obbligazioni hanno ciò di comune, che il debitore si libera, dando o facendo ciò che meglio gli piace, ed è tenuto per intero all'una casa o all'altra, senza poter dare una parte dell'una e una parte dell'altra, ma non si dovrebbero perciò confondere, essendochè dalla loro differenza seguono importanti conseguenze.

LVI.—Infatti.—1° Se una delle cose (supponendone due) non può essere oggetto di un debito, l'obbligazione alternativa si restringerà unicamente all'altra, e diverrà pura e semplice; mentre se quella cosa fosse stata oggetto di una obbligazione facoltativa, questa sarebbe nulla e insieme con essa la facoltà di sostituire altra cosa.—2° Il vero oggetto dell'obbligazione alternativa non si conosce fino a quando non è stato determinato dalla parte, per modo che essendo due cose, l'una mobile, l'altra immobile, si potrà solo conoscere dopo la scelta se il debito fosse mobiliare o immobiliare; l'oggetto e quindi l'indole della obbligazione facoltativa si conoscono *ab initio*, e se immobiliare p. e., rimarrà sempre tale quando pure il debitore se ne liberasse con una cosa mobile che era in *facultate solutionis*.—3° Nell'obbligazione facoltativa il creditore dovrà domandare una sola cosa, l'unico oggetto del debito; in quella alternativa dovrà domandare al debitore di dar questa o quell'altra cosa a sua scelta, ovvero quella che a lui piacerà se la scelta è del creditore 4.—Da ultimo, nell'obbligazione facoltativa il debito si estingue per questo che l'unico oggetto non possa più darsi senza colpa del debitore; mentre il non potere dare una delle cose

dovute alternativamente, benchè sia avvenuta senza colpa del debitore fa che il debito versi sull'altra cosa e diventi quindi puro e semplice; ma si estinguerebbe il debito alternativo, quando nessuna delle cose si potrebbe più dare senza colpa del debitore (art. 1193, 1194, 1195 (1140 1147, 1148)).

LVII.—Che avverrebbe, se nell'una e nell'altra obbligazione riuscisse impossibile per colpa del debitore il dare una o ciascuna delle cose dovute alternativamente? Nell'obbligazione facoltativa, il creditore dovrebbe domandare il valore in danaro della cosa dovuta, non potendo mai pretendere quella che il debitore avrebbe sempre il dritto di pagare. Ma nell'obbligazione alternativa, è mestieri distinguere: se la scelta era del debitore, il non potersi per colpa sua dare una delle cose, fa che il debito sia puro e semplice, non avendo egli il dritto di offrire il valore in danaro dell'altra che è divenuta impossibile; se entrambe son divenute impossibili, egli deve il prezzo di quella che in ultimo non poté più darsi (art. 1193 (1146)). Se la scelta è del creditore questi potrà domandare, o la seconda o il prezzo della prima, ove per cagion del debitore una delle cose non possa darsi, e non potendo darsi nè l'una nè l'altra, potrà domandare il prezzo di questa o di quella, sia pure il debitore in colpa riguardo ad una sola (art. 1194 (1147)).

Di leggieri non si potrebbero giustificare del tutto le riferite regole, due delle quali non sono molte eque, ma son stabilite formalmente dalla legge. Del resto il creditore potrebbe secondo i casi ottenere i danni-interessi oltre il valore della cosa di cui per colpa del debitore vien privato (articolo 1193-1194 (1146, 1147)).

SEZIONE IV.

DELLE OBBLIGAZIONI UNICHE O MULTIPLI, E SPECIALMENTE DELLE SOLIDALI.

LVIII.—La obbligazione è unica, quando una sola persona deve ad un'altra sola lo oggetto della obbligazione; è multiplice, riguardo alle persone, quando una sola cosa

è dovuta da più debitori ad un sol creditore, o da un sol debitore a più creditori. —L'obbligazione multiplice è disgiuntiva o congiuntiva secondo che si è debitore o cre-

ditore alternativamente o ad un tempo ; in quest' ultimo caso , la obbligazione si suddivide in semplicemente congiuntiva e in solidale. — Nella obbligazione congiuntiva non solidale , fossero congiunti i debitori o i creditori , l'obbligazione è sempre una sola , e ciascuno dei debitori vi è tenuto per una parte , come ciascuno dei creditori può domandare la sua parte.

LIX. — Nella obbligazione in solido che è sempre una , ciascuno dei debitori è tenuto all'intero debito , e ciascuno dei creditori può domandare l'intero credito , per

modo che il pagamento fatto da uno dei condebitori ad uno dei creditori estingue il debito in vantaggio di tutti. Ma eseguito il pagamento , tutti i creditori ne avranno la loro parte , come tutti i debitori debbono tener ragione delle anticipazioni fatte da chi ha pagato , tranne una contraria stipulazione. — La obbligazione in solido che non vuolsi confondere con quella indivisibile , deve riguardarsi sotto due aspetti , riguardo ai creditori ovvero riguardo ai debitori (*Osservazioni preliminari dell'articolo 1197 (1150)*).

§ 1. — Della solidarietà fra i creditori.

LX. — La solidarietà fra creditori per la quale costoro son mandati e sogli uni degli altri *ad conservandam obligationem* , può derivare soltanto da una espressa convenzione.

Ciascuno dei creditori in solido ha mandato di richiedere l'intero credito e far tutti gli atti abbisognevola alla sua conservazione , cotale che la interruzione della prescrizione fatta da uno vantaggi tutti i concreditori. Per quel mandato il debitore ha pure il dritto di liberarsi pagando a questo o a quello dei creditori in solido , purchè non sia stato citato da alcuno per il pagamento , non potendo in tal caso schivare una condanna sotto il pretesto di voler pagare ad altri ; chi lo cita ha il dritto di citarlo per tutti (art. 1197, 1199 (1150, 1152)).

Ma il mandato dà soltanto dritto di far gli atti per cui si conserva o si reca in atto il dritto di tutti ; andando più oltre , il creditore non avrebbe mandato , cioè agirebbe per la sola sua parte. Quindi di una rimessa del debito , di una novazione consentite da lui , i concreditori non potrebbero risentire alcun danno (articolo 1198 (1151)).

Sebbene ciascuno dei concreditori abbia il dritto di farsi pagare dell'intero credito , e di liberar quindi il debitore , gli altri creditori avranno il dritto di pretendere dai loro concreditori che si dividesse il credito soddisfatto. Questo è il principio in materia di solidarietà fra creditori ; il beneficio del credito è alle volte di un solo , quando questi provi di avere un dritto esclusivo alla somma dovuta (art. 1197 (1150)).

§ 2. — Della solidarietà dei debitori.

LXI. — Quando più debitori sono tenuti ad una medesima cosa , cotale che ciascuno possa costringersi al pagamento per lo intero , evvi solidarietà fra loro , poichè ciascuno è tenuto in solido ; ma dobbiamo fare una importante distinzione. La solidarietà fra i debitori può esser perfetta o imperfetta , secondo che ciascuno di essi sarà o pur no il mandatario degli altri *ad perpetuandam obligationem*. La perfetta può soltanto derivare da una espressa convenzione , o da una formale disposizione della legge ; è

dunque legale o convenzionale (art. 1202 (1153)).

Porgono esempi di solidarietà legale gli art. 396, 1033, 1448, 1887, ecc. (318, 1009, 1412, 1759) del Codice Napoleone , e 55 (51) del Codice penale ; il quale ultimo deve restringersi ai soli casi preveduti e non estendersi agli autori dei delitti civili o quasi delitti , e nè alle contravvenzioni in materia di semplice polizia. La solidarietà per convenzione dev' essere espressamente stipulata , ma non con pa-

role sacramentali (*ibid.*).

LXII. — Non è necessario che tutti i debitori in solido, obbligati ad una medesima cosa, lo siano della ugual maniera; uno può essere a termine o con condizione, e l'altro puro e semplice (art. 1201 (1154)).

Diversi risultamenti ingenera cotesta solidarietà nei rapporti fra i creditori, o in quelli fra il creditore e i debitori. La esaminaremo sotto l'uno e l'altro aspetto.

LXIII. Quando più debitori sono obbligati in solido, si suppone che al debito abbiano tutti un eguale interesse, per modo che nei rapporti fra loro ciascuno è debitore per la sua parte, e semplice fidejussore per la parte dei suoi condebitori. Tutti sono altronde responsabili, e reciproci malleadori della insolvenza di alcuno di loro. Quindi il solo il quale ha pagato lo intero debito in solido, può ripetere dagli altri la parte rispettiva di ognuno, e gravare sopra i solventi in proporzione le parti che non potrebbe avere dagli insolventi (articoli 1213, 1214 (1166, 1167)). — La quale malleveria reciproca non dipende dalla volontà del creditore, onde quel debitore, a cui fosse stata da quello rimessa la solidarietà, non potrà ricusarsi di pagare la sua parte per la insolvenza di qualcheduno, avvegnachè il creditore che può rinunciare i suoi dritti, non possa modificare affatto i dritti dei debitori fra loro (articolo 1215 (1168)). — Ma può avvenire che l'obbligazione sia stata contratta nello interesse di un solo, non da tutti i debitori, e allora l'uno potrà per l'intero esser citato dal debitore che avrebbe pagato tutto il debito. In quest'unico caso può aversi il regresso per l'intero, dappoichè l'obbligo della mutua garanzia e il bisogno di evitare un circolo inutile di azioni, rendono impossibile sempre il regresso per lo intero (art. 1214, 1216 (1167, 1169)).

LXIV. — Coteste distinzioni non riguardano il creditore; tutti i debitori essendo tenuti egualmente, ciascuno di loro a scelta del creditore può esser costretto al pagamento dell'intero senza il beneficio nè della discussione nè della divisione. Il debitore contro cui si è agito, non potrebbe op-

porre al creditore i procedimenti fatti da costui contro un altro debitore, poichè non essendosi eseguito il pagamento, resta sempre l'obbligo con tutti i suoi effetti (articolo 1203 1204 (2156, 1157)).

I debitori in solido che si rappresentano gli uni gli altri riguardo agli interessi del creditore, son mandatarî gli uni degli altri per ogni cosa che tenda *ad perpetuandam obligationem*; ma non dovrebbero tenersi responsabili dei fatti che tendono *ad augendam obligationem*. Mentre l'azione intentata contro uno di essi può interrompere la prescrizione e far correre anche gli interessi contro tutti, perchè non si esce dalla primitiva convenzione, la mora, in cui si è posto uno di essi, non basta onde fossero gli altri tenuti ai danni interessi non preveduti nel contratto (articolo 1206 1207 (1159, 1160)).

Per li medesimi principi, perdutasi la cosa per colpa o nella mora di uno di essi, gli altri saranno sempre obbligati pagarmi il prezzo, e quegli che è in colpa o in mora, gli altri danni-interessi (articolo 1205, (1158)).

Avvenuta la perdita senza colpa e innanzi che si mettesse in mora alcuno dei debitori, resteranno liberati tutti.

Ma se perduta la cosa tutti i debitori secondo che sieno in colpa o pur no si liberano ovvero restano obbligati; in altre circostanze possono gli uni esser liberati senza che per questo lo fossero gli altri. Le cause di estinzione (dette dalla legge *eccezioni*) si distinguono in *assolute* o *comuni* a tutti i debitori, e *personali*, o speciali ad uno, o a taluni di loro. Il debitore può opporre al creditore che agisce, tutte le cause comuni, e quelle a lui personali; non però quelle che sarebbero personali ad altri condebitori (articolo 1208 (1161)).

LXV. — Fra le *eccezioni assolute* debbonsi comprendere quelle che per legge derivano dall'indole della obbligazione, e le altre che si dicono comuni a tutti i debitori; da che le prime insieme con le seconde fanno unica classe. O l'obbligazione non abbia causa, oggetto, ovvero

li abbia non leciti; o si sia fatto un pagamento reale o per equivalente (p. e. con una dazione in pagamento, una novazione, o una compensazione opposta dal debitore); o il debito intero sia stato rimesso dal creditore, ovvero siasi prescritto, ec. in tutti questi casi la eccezione può opporsi da ciascuno dei debitori, ed è quindi comune a tutti.

Ma l'eccezione personali sono, alcune puramente personali ad uno dei condebitori, cotai che non altri che lui può allegarle; come quelle che risultano dalla incapacità di uno di loro o dai vizî del suo consenso; altre sono *lato sensu personali*, anche ad uno dei debitori, che solo può opporle per lo intero, per modo che gli altri debitori possono allegarle per la parte che ha nel debito il condebitore (art. 1208 (1161)).

La *compensazione* che non è opposta dal condebitore, di cui il creditore è a sua volta debitore, è una eccezione personale *lato sensu* riguardo agli altri condebitori (*ibid*).—La *confusione* è pur tale; gli altri debitori possono giovarsene sino alla concorrenza della parte che ha nel debito il loro condebitore. Non importa da qual causa derivi la confusione, e nemmeno, tranne gli effetti più ampli, se la successione del creditore ad uno dei debitori, o viceversa, sia totale o solo in parte (articolo 1109 (1063)).—La *remissione* della solidarietà fatta dal creditore ad uno dei debitori, è pure una eccezione personale *lato sensu*. Qui non parliamo della remissione del debito fatta o per lo intero o per la parte del condebitore, ma della remissione della *solidarietà*; la quale può essere espressa o tacita.

LXVI.—*Remissione espressa della solidarietà*. Allorchè il creditore vuol divi-

dere il debito per un debitore in solido, ossia gli vuol rimettere la solidarietà, non potrà più agire contro gli altri condebitori, che dedotta la parte di quello. La qual conseguenza, in vero eccedente, che la legge cava dalla remissione della solidarietà, dovrebbe cessare, se il creditore avesse dichiarato di restringerla ai casi espressi, riserbandosi il dritto di agire per l'intero contro gli altri debitori (art. 1219 (1172)).

Tacita remissione della solidarietà. Il creditore che riceve divisa la parte di uno dei debitori in solido, o che agisce solo contro di lui per la sua parte, ma non indica nella quitanza o nella domanda che è *per la sua parte*, conserva la solidarietà riguardo a tutti i debitori, anche contro quello che lo ha pagato in parte, o contro di cui ha agito per la parte. Ma il creditore che, o nella quitanza rilasciata al debitore, o nella domanda avanzata contro di lui, abbia dichiarato essere *per la sua parte*, gli ha rimesso la solidarietà, nè potrà più agire contro di lui per le parti degli altri, purchè essendosi fatta la *domanda*, egli vi abbia aderito, ovvero sia stata pronunziata una sentenza di condanna (art. 1211 (1164)).

È pure una remissione tacita della solidarietà quando uno dei debitori in solido ha continuato per dieci anni successivi, senza alcuna riserva del creditore; a pagare una porzione di decorsi o interessi del debito; se il pagamento diviso non si fosse fatto per dieci anni, il debitore sarebbe sempre in solido per il capitale e gl'interessi o decorsi avvenire. Ma il creditore non potrebbe tenerlo come tale per quelli decorsi, o di cui il pagamento si fosse ricevuto per la parte del debitore (art. 1212 (1165)).

SEZIONE V.

DELL'E OBLIGAZIONI DIVISIBILI O INDIVISIBILI.

LXVII.—Ogni obbligazione, qualunque ne sia l'oggetto, non può eseguirsi in parte fra il creditore e il debitore, quindi il cre-

ditore può rifiutare i pagamenti in parte. Dunque la obbligazione non può esser divisibile o indivisibile, essendo uuo il cre-

ditore e uno il debitore; ma lo può essere, essendovi più debitori o più creditori, come avviene alla morte di un creditore o di un debitore che lascino parecchi eredi. Allora giova indagare se la obbligazione sia o pur no indivisibile.

La obbligazione è indivisibile, e non può quindi in parte eseguirsi, qualunque sia il numero dei creditori o dei debitori, quando non può dividersi il suo oggetto. Ciò può avvenire in due modi; o perchè l'oggetto non può esser diviso nè materialmente nè intellettivamente, o perchè l'oggetto, sebbene possa dividersi almeno intellettivamen-

te, non lo si debba sotto il rapporto con cui le parti contraenti lo riguardarono. La indivisibilità adunque è *natura* (poichè l'oggetto non può dividersi per la medesima sua indole) ovvero *contractu* (poichè l'oggetto che può in se stesso dividersi, diventa indivisibile sotto il rapporto con cui fu riguardato nella convenzione). Le obbligazioni che Dumoulin e Pothier (1) chiamavano indivisibili *solutione tantum*, sono divisibili, e la legge, come vedremo, fa produrre da esse una parte degli effetti della indivisibilità (*Osservazioni preliminari dell'art. 1217 (1170).*

§ 1. — Della indivisibilità delle obbligazioni.

LXVIII.—Secondo il fin qui detto l'obbligazione è indivisibile sempre e solo allora che l'oggetto non può dividersi nè materialmente nè intellettivamente, ovvero potendo dividersi o intellettivamente e giuridicamente (come un cavallo, di cui posso avere la proprietà di una metà o di altra parte, cotachè giuridicamente si divida) ovvero materialmente (come un tratto di terreno) non può dividersi nella specie sotto l'aspetto con cui lo riguardarono le parti (art. 1217, 1218 (1170, 1171)).

I medesimi effetti produce sempre la indivisibilità, sia ella naturale o puramente convenzionale.

Essendo indivisibile l'obbligazione, ciascuno dei debitori è tenuto allo intero, come pure ciascuno dei creditori può riscuotere l'intero. Ma non per questo vi sarebbe solidarietà, perchè se ciascuna parte ha il dritto attivo o passivo *in totum* come nella solidarietà, non lo ha però colla medesima energia e colle medesime conseguenze (art. 1122, 1123 (1076, 1077)).

Se la cosa perisce per colpa o fatto di tutti i debitori, saranno tutti tenuti ai danni-interessi; ma siccome ciascuno era tenuto *in totum* per la forza delle cose, e stante la indivisibilità dell'oggetto, cessando la in-

divisibilità (poichè i danni-interessi si possono dividere) l'obbligazione non sarà più *in totum* e ciascuno debitore dovrà solo la sua porzione. Perdutasi la cosa per il fatto di un solo, questi sarà sempre tenuto ai danni-interessi, poichè i condebitori non si rappresentano mutuamente come nella solidarietà. Non sarebbe così nella clausola penale secondo i principi che esporremo appresso; ma saran dovuti sempre i danni-interessi per la parte di ciascun debitore, laddove in questo medesimo caso i debitori in solido sarebbero tenuti ognuno per l'intero (articolo 1225, 1232 (1178, 1185)).

LXIX.—Uno dei creditori non potrebbe da se solo fare una rimessione efficace del debito, nè ricevere in vece della cosa il suo prezzo. Ma se tal rimessione o dazione in pagamento non tolgono che il debitore sia tenuto *in totum* rispetto ai creditori, egli può almeno farsi tener conto dal creditore del valore della porzione di colui che ha fatto la rimessione, o ricevuto il prezzo (art. 1224 (1177)).

Il debitore citato dal creditore per l'intero debito, può ottenere un termine onde chiamare in causa tutti gli altri debitori della medesima cosa, tranne che il debito.

(1) Dumoulin e Pothier, di cui non abbiamo voluto riferire il linguaggio assai poco logico a parer nostro, chiamavano, non sappiamo perchè, la

prima, indivisibilità *natura* o *contractu*, la seconda, *obligatione*.

potesse soddisfarsi da lui solo; allora dovrebbe esser condannato solo, e poi rivolgersi contro gli altri (art. 1225 (1178)).

§ 2. — Della divisibilità e delle sue eccezioni.

LXX.—Qualunque obbligazione di cui l'oggetto non si comprende fra le due riferite classi d'indivisibilità, deve necessariamente dividersi; di modo che ciascuno degli eredi del debitore primitivo è tenuto per la sua parte ereditaria, come ciascuno degli eredi del creditore può riscuotere egualmente la sua porzione (articolo 1220 (1173)).

Nei tre seguenti casi, contro ciascuno degli eredi del debitore si può agire per l'intero, sebbene divisibile sia l'oggetto delle obbligazioni:

1. Quando il debito è d'un corpo certo, l'erede cui esso sortì, può essere chiamato per lo intero; possedendo egli solo la cosa dovuta, non può allegare il principio della divisione.

2. Quando uno degli eredi è il solo incaricato dal titolo di eseguire l'obbligazione.

3. In fine, se è riconosciuto o da una clausola espressa dell'atto, ovvero dalle circostanze, che le parti ebbero lo intendimento non di fare indivisibile l'obbligazione (la qual cosa avrebbe dato una indivisibilità *contractu* che produrrebbe effetto per gli eredi del creditore e per quelli del debitore), ma solo di togliere agli e-

redi del debitore la facoltà di liberarsi in parte.

Nei tre casi lo erede che ha pagato tutto il debito, può rivolgersi contro i suoi coeredi (art. 1224 (1124)).

Le quali tre eccezioni sono le sole, non ostante che la legge ne aggiunga altre due. L'ipoteca non potrebbe rendere indivisibile il debito, anche riguardo agli eredi del debitore i quali sono sempre personalmente obbligati per la loro parte ereditaria. Così parimente non è indivisibile un debito alternativo di cose a scelta del creditore, una delle quali sia indivisibile; qualunque cosa scoglierà il creditore, non si potrà mai scorgere una eccezione al principio del pagamento in parti nei debiti *divisibili*; dappoichè se l'obbligazione versa sulla cosa divisibile, essa necessariamente sarà governata dal principio; se invece sulla cosa indivisibile, non saremo più in una eccezione, essendo il debito indivisibile (art. 1224 (1174)).

Arroge, che rispetto ai crediti la divisione in parti ereditarie che si effettua di pieno dritto alla morte del creditore, è provvisoria, e potrebbe farsene poi un'altra diversa mercè una convenzione (articolo 1220 (1173), *in fine*).

SEZIONE VI.

DELLE OBBLIGAZIONI PRINCIPALI O ACCESSORIE E SPECIALMENTE DELLA CLAUSOLA PENALE.

LXXI.—Se una obbligazione è il fondamento di un'altra, la prima dicesi *principale*, l'altra *accessoria*. L'obbligazione accessoria può formarsi insieme con la principale, come nella fideiussione e nel pegno, ovvero dopo, come nel caso di

danni-interessi per lo inadempimento di una obbligazione, si sieno essi stabiliti prima con una stipulazione detta *clausola penale*, o le parti non vi abbiano provveduto.

§ 1. — Della clausola penale.

LXXII.—Acciò meglio si assicuri lo adempimento di una obbligazione, o si prevengano gl'indugi, le parti possono fare una convenzione, che dicesi *clausola pe-*

nale con cui stabiliscono una cosa da fare o da dare, invece di danni-interessi (articolo 1226, 1229 (1179, 1182)).

L'obbligazione che si genera dalla clausola penale, essendo essenzialmente accessoria, avrà esistenza se non sarà nulla la principale; ma questa non potrebbe dipendere dallo esser valida o nulla la clausola penale (art. 1229 (1180)). — La clausola penale che mira a far che si adempia la principale obbligazione e tien le veci di danni-interessi per il creditore, non si potrebbe domandare insieme con l'obbligazione principale, tranne che il contrario non si sia stipulato espressamente o tacitamente, ovvero che per la semplice mora si sia stabilita la pena. Per tal principio il creditore può domandare si adempia la obbligazione principale, anziché la clausola penale (art. 1228, 1229 (1181, 1182)). — Ma siccome, da altra mano, si è tenuto a danni-interessi quando il debitore è in mora ovvero in colpa, e il debitore deve esser posto in mora (sia o pur no apposto un termine all'obbligazione), la clausola penale si potrà volere adempita posciachè si è posto il debitore in mora (art. 1230 (1183)).

LXXIII. — Lo inadempimento avvenuto per colpa di uno degli eredi del debitore, essendo l'obbligazione principale indivisibile *natura, contractu*, ovvero anche *solutione tantum*, renderà obbligato il solo colpevole alla pena intera, e ciascuno degli altri per la loro porzione ereditaria (e ipotecariamente per lo intero) salvo il regresso contro il colpevole.

I danni-interessi, che si stipulano espressamente con la clausola penale, sono riguardati come una speciale obbligazione soggetta alla condizione di non adempirsi la principale obbligazione. — Essendo l'obbligazione divisibile, colui che manca incorrerebbe nella pena, per la sua parte soltanto (art. 1232, 1233 (1185, 1186)).

Essendo la convenzione una legge per le parti contraenti, il creditore non potrà mai pretendere danni-interessi maggiori di quelli stabiliti, qualunque sia il danno sofferto, nè il debitore potrà esimersi da quella pena, quando pure intendesse provare di non aver partorito alcun danno. Ma se in parte è stata adempiuta la obbligazione principale, il giudice, sulla presunta intenzione delle parti, potrà, secondo i casi, modificare la pena (art. 1231 (1184)).

CAPITOLO TERZO

DELL' EFFETTO DELLE OBBLIGAZIONI.

LXXIV. — L'effetto delle obbligazioni è di permettere al creditore che usi i mezzi legali di costringimento: 1° per astringere il debitore ad eseguir l'obbligazione, cioè a procurargli quello cui si era obbligato; 2° ove quegli si neghi, perchè egli poten-

do se lo procuri, malgrado il debitore e a sue spese; 3° per ottenere i danni-interessi, sia perchè non si è affatto adempito, sia perchè tardi e non per intero si sia adempito.

SEZIONE PRIMA.

DELLA ESECUZIONE VOLONTARIA O FORZATA.

LXXV. — Senza dubbio il creditore può pretendere dal suo debitore l'adempimento di ciò cui questi si era obbligato, il beneficio qualunque, che forma l'oggetto dell'obbligazione.

Il nostro Codice, a differenza del dritto romano (che mai permetteva al creditore una condanna pecuniaria di danni-interessi), permette al creditore la esecuzione forzata, se il debitore non adempie, ma non

già in tutti i casi, solo quando vi può riuscire senza far violenza al debitore, come potrebbe avvenire se l'obbligazione, per sua natura, non possa adempirsi che da lui. Il creditore però può rinunciarvi, accontentandosi dei danni-interessi (art. 1143 (1097)).

Non c'è nulla da dire intorno alla esecuzione volontaria o forzata della obbligazione: essa consiste nel dare al creditore quel vantaggio che ne forma l'oggetto; ma dei danni-interessi bisogna dare qualche sviluppo.

SEZIONE II.

DANNI-INTERESSI.

LXXVI.—Per *danni-interessi* s'intende la riparazione delle *perdite* sofferte dal creditore per cagion del debitore, e dei *benefici* che questi non gli ha fatto fare: due idee che si comprendono in una sola; nell'ordinario linguaggio dicesi perdita il non ottenere un guadagno. I danni-interessi son dunque il compenso delle perdite cagionate al creditore.

Il debitore in tal modo è soltanto obbligato ai danni-interessi ove abbia cagionato al creditore un danno che può risultare o dallo inadempimento totale, o dal semplice ritardo (art. 1147, 1148 (1101, 1102)). Il ritardo, o come dice la legge, la *mora* (*mora*) per cui alle volte son do-

vuti danni-interessi, è in tutti i casi un elemento necessario; perchè mentre il debitore è in tempo di eseguire la sua obbligazione o di regolarne lo adempimento incompleto, il creditore non può lagnarsi. —Ma non basta che l'obbligato sia in mora, deve pure essere in colpa, nè ciò di cui il creditore si duole, deve provenire da una forza maggiore, da una causa che non si potrebbe affatto imputare a quello: niuno è tenuto all'impossibile. Occupiamoci delle due cause, che riunite fan sorgere l'obbligo dei danni-interessi: 1° la mora del debitore, e 2° la sua colpa. Parleremo poi della estensione e valutazione dei danni-interessi.

§ 1. — Della mora del debitore.

LXXVII.—Il debitore dovrebbe riguardarsi in mora da quando non adempie la sua obbligazione. Se egli fa quel che non doveva, o non fa o non dà al tempo posto ciò che doveva, è realmente in *mora*. —Ma tale realtà di fatti non è stata consacrata dal nostro Codice, come era nella legislazione romana; da noi la mora non si compie legalmente che secondo alcune regole diverse secondo la natura e le circostanze dell'obbligazione.

1° Quando l'obbligazione è di non fare, il debitore è immediatamente in mora, facendo ciò che non doveva (articolo 1145 (1099)).

2° Quando l'obbligazione è di fare o di dare e non può eseguirsi che in un dato termine, il debitore è in mora, se in quel tempo non adempie la obbligazione (arti-

colo 1146 (1100)).

Pur nondimeno, se nell'obbligazione di dare, il creditore dovesse recarsi a ricevere la cosa, il debitore sarebbe in mora, quando fosse dimostrato che il creditore si era presentato per richiedere la cosa, e non gli è stata rilasciata.

3° Vi sarebbe anche mora per il solo venire del termine posto, in ogni obbligazione di dare o di fare, se si fosse fatta una stipulazione formale intorno a ciò, o si fosse così ordinato da un testo speciale delle leggi (art. 1139 (1093)). Aggiungasi una altra restrizione per il caso in cui il creditore dovesse andare a prendere la cosa dovuta.

4° Negli altri casi di dare o di fare il debitore sarà in mora, se il creditore gli avrà fatto una citazione o un atto equiva-

lente; deve però scorrere il termine normalmente necessario per l'adempimento (*ibid.*).

5° Infine, nelle obbligazioni di somme determinate, la mora (tranne qualche caso eccezionale in cui un testo speciale la faccia risultare dal semplice spirare del

termine) incomincia dalla domanda giudiziale, o almeno da quella in conciliazione seguita dalla citazione in un mese, a contare dalla non conciliazione delle parti, o dalla non comparsa del debitore (articolo 1153 (1107)).

§ 2. — Della colpa del debitore.

LXXVIII. — Il debitore è in colpa quando ha mancato di fare ciò che doveva per adempiere la sua obbligazione. Ma in che si estende il suo dovere? Quali cure deve avere o per compiere il fatto o per conservare o rilasciare la cosa che forma l'oggetto della sua obbligazione?

Il nostro dritto antico, conformandosi al dritto romano, distingueva tre classi di cure che si devono prestare dal debitore secondo i casi, e dalla loro mancanza costituiva tre gradi di colpa. — La *colpa grave*, quando l'obligato non aveva avuto nello affare la sua solita vigilanza; la *colpa lieve*, quando non avea prestato le cure ordinarie di un solerte amministratore; la *colpa lievissima* in fine, quando egli non aveva usato la prudenza e i provvedimenti di un vigilante amministratore per quanto più era possibile. La prima colpa, che risultava dal raffronto con la condotta del debitore, dicevasi per ciò colpa in concreto; le altre due, che si valutavano dal confronto con un tipo astratto, dicevansi colpe in *abstracto*. — Il debitore doveva prestare le cure della prima classe, se lo affare riguardava il creditore; quelle della seconda, se riguardasse tanto lui che quello; quelle estreme finalmente, quando scoppio unico del contratto era il suo interesse, ed era quindi un puro atto di obbligazione del creditore (art. 1137 (1091)).

LXXIX. — La qual teoria più ingegnosa che pratica, e di cui il principio veniva meno in gran parte per le molte eccezioni e modificazioni fatte, fu rigettata dal Codice. La legge, tranne una eccezione (per il deposito), non va mai più in là della

seconda classe delle tre indicate colpe; si deve sempre valutar la condotta dell'obligato raffrontandola con le cure ordinarie di uno amministratore. Siccome in ciò si deve necessariamente avere un certo arbitrio, spetta al giudice applicar la regola con maggiore o minore severità secondo le circostanze (art. 1137 (1091)).

Il debitore che non ha eseguito, ovvero irregolarmente o tardamente eseguito, non è tenuto ai danni-interessi, ove provi esserne stata cagione una forza maggiore o una cosa che non possa imputarglisi. Anzi se in obbligazione, che per un caso fortuito non si è potuta eseguire o si è resa meno vantaggiosa, fusse di dare un corpo certo, una cosa determinata *in ipso indiduo*, il debitore non solo non sarebbe tenuto ai danni-interessi, ma il creditore gli dovrebbe sempre pagare il prezzo intero della cosa deteriorata o distrutta (articolo 1138 (1092), 2ª parte).

Però i danni-interessi saranno sempre dovuti nel caso stesso in cui vi sia stata una forza maggiore: 1° se il creditore provi che l'avvenimento di forza maggiore sia stato preceduto da una colpa, o soltanto da un fatto del debitore, senza di che non avrebbe potuto adempersi regolarmente la obbligazione; 2° se il debitore si fosse formalmente incaricato dei casi fortuiti; 3° se il caso fortuito fusse avvenuto dopo la messa in mora, tranne, in quest'ultimo caso, non provi il debitore che il caso fortuito sarebbe pure avvenuto e avrebbe partorito il medesimo effetto, sebbene si fosse adempito prima (art. 1302 (1256)).

§ 3. — Della estensione e valutazione dei danni-interessi.

LXXX. — I danni-interessi, in generale, sono il ristoro della perdita cagionata al creditore (non solo della perdita propriamente detta, *damnum emergens*, ma anche della privazione del guadagno, *lucrum cessans*), onde la regola sarebbe semplicissima e da applicarsi sempre; ma pure

non è così come potrebbe credersi: i danni-interessi variano in più o in meno, secondo i casi; nelle obbligazioni che non riguardano somme determinate; ma in queste ultime si valutano diversamente (art. 1149 (1103)).

1. Delle obbligazioni che non riguardano somme determinate.

LXXXI. — Nelle obbligazioni che non riguardano somme determinate, i danni-interessi, ove le parti non li abbiano anticipatamente determinato, si valutano naturalmente secondo il danno sofferto; ma sono più o meno se il debitore sia stato o no in dolo.

E primieramente, il debitore non è mai tenuto alle perdite che non hanno per unica causa lo inadempimento, ma che per indiretto ne derivano, bensì è tenuto a quelle che derivano direttamente e necessariamente; ma saranno più o meno giusta la riferita distinzione. — Se il debitore senza alcun dolo non ha adempiuto la sua obbligazione, e gli è imputabile il suo fatto o la sua colpa, è tenuto solo alle perdite che ragionevolmente si son potute prevedere al tempo del contratto. I danni-interessi si riguardano come un debito che risulta da una tacita convenzione; le parti non han potuto prevedere altro danno che quello suole di ordinario avvenire. Il de-

bitore, che è in dolo, sarà tenuto a tutte le perdite da lui cagionate, quando pure non avesse potuto prevederle al tempo del contratto; poichè non può supporri una convenzione a fin di restringere il ristoro di un danno cagionato con iscienza e mala fede.

Tutte le perdite, diciamo, ma solo quelle che risultano direttamente dallo inadempimento, poichè non si è mai tenuto alle altre (art. 1150, 1151 (1104, 1105)).

La somma determinata, che per stipulazione dovrà pagare il debitore per danni-interessi ove non adempia la obbligazione, sarà sempre dovuta, nè potrà esser cresciuta o sminuita per grande o lieve che sia il danno sofferto. Tal convenzione, detta *clausola penale*, deve eseguirsi come qualunque altra legalmente fatta. La clausola penale o la anticipata valutazione dei danni-interessi può aver per oggetto qualunque altra cosa che non sia una determinata somma (art. 1152 (1106)).

1. Delle obbligazioni di somme determinate.

LXXXII. — Si osservi primieramente, che nelle obbligazioni di somme determinate, i danni-interessi non mirano a ristorare il danno cagionato dal nessuno o dallo incompleto adempimento, ma solo quello che deriverà dal loro adempimento ritardato. Difatti, il debitore che non potrebbe pagar la somma dovuta come oggetto della obbligazione, non potrebbe nemmeno pagarla a titolo di danni-interessi. Quindi si darà un'altra somma da aggiungersi alla prin-

cipale, onde ristorare il danno cagionato col ritardo del pagamento (art. 1153 (1167)).

Nelle obbligazioni di somme determinate, i danni-interessi non variano come nelle altre, sia o no il debitore in dolo; anzi si valuteranno secondo una base uniforme, e indipendente dal valore delle perdite che si son potute fare dal creditore.

Siccome l'uso e il destino d'una somma determinata variano sempre, e vario dee quindi essere il danno che può derivare

dal non essersi ottenuta la somma al tempo posto, si è voluto stabilire qui una regola generale, nlessi da tanto i fatti: il danno cagionato sarà legalmente compensato coll'interesse legale della somma dovuta al 5 per 100 in materia civile, e al 6 per 100 in materia commerciale. Per quanto lieve o grave possa essere il danno sofferto, il creditore avrà sempre e soltanto dritto all'interesse legale dal giorno della mora. Si fa eccezione in materia di fidejussione, di società e di lettere di cambio quando il creditore può ottenere un altro ristoro oltre l'interesse del danaro. Ma la regola avrebbe anche vaglia di fronte alla clausola penale con cui il debitore si sarebbe formalmente obbligato a pagare più dell'interesse ordinario del danaro, avvenchè così si violasse una legge speciale che restringe rigorosamente lo interesse convenzionale alla medesima tassa di quello legale (art. 1153 (1107 M)).

Gli interessi dovuti per danni-interessi e per ritardato pagamento. *mora*, diconsi per questo *interessi moratori*; quelli dovuti per il semplice godimento del capitale, diconsi *interessi compensatori*.

LXXXIII. — Evvi infine una regola, che sebbene non appartenga alla materia dei danni-interessi, pure vien dettata dal Codice in questo luogo; ed è, se gli interessi di un capitale potranno portarvene de-

gli altri, ed in che modo.

Lo interesse degli interessi stipulato anticipatamente, e per gl'interessi che saranno per correre, è stato sempre riguardato come inevitabilmente ruinoso al debitore, e quindi è stato sempre vietato assolutamente nella legislazione romana, nella giurisprudenza francese, e infine nel Codice. Non si può nemmeno stipulare liberamente lo interesse degli interessi già corsi, che presenta certamente minori pericoli; il che permesso dal dritto romano primitivo, fu successivamente vietato dalla legislazione di Giustiniano, dalla nostra antica giurisprudenza ed anche dal nostro dritto intermedio; non ostante il divieto di tredici secoli, il Codice lo permette soltanto per gl'interessi dovuti per un anno di godimento del capitale. Questo interesse deve correre dal giorno di una domanda giudiziale o di una formale convenzione (articolo 1354 (1308)).

Così la regola che restringe il dritto comune, non si applicherebbe nè alla restituzione dei frutti, nè agli affitti dei poderi o delle case, nè ai decorsi delle rendite, come nemmeno agli interessi di un capitale che si fosse pagato da un terzo per liberare il debitore; dappoichè essi sono interessi fra il debitore e il creditore, e diventano un capitale nei rapporti del terzo col debitore (art. 1155 (1108)).

CAPITOLO QUARTO

CAUSE CON CUI SI ESTINGUONO LE OBBLIGAZIONI.

LXXXIV. — Noi qui non tratteremo delle cause speciali che estinguono un'obbligazione in questo o in quel caso, dovendone parlare nella materia che ognuna di esse riguarda; in questi principi generali delle obbligazioni presenteremo solo le cause generali d'estinzione che sono dieci:

1° Il pagamento o l'esecuzione diretta dell'obbligazione;

2° La novazione, o la sostituzione d'una obbligazione ad un'altra;

3° La remissione del debito;

4° La compensazione delle due obbliga-

zioni che s'estinguono l'una con l'altra, essendo il creditore dell'una debitore dell'altra, e viceversa;

5° La confusione, o riunione in una stessa persona delle due qualità di creditore e debitore della medesima obbligazione;

6° Il succedere di un avvenimento che renda impossibile lo adempimento;

7° Lo annullamento della obbligazione profferito in giudizio;

8° L'effetto della condizione risolutiva adempitasi innanzi che si esegua l'obbligazione;

9° La prescrizione opposta dal debitore;

10° Infine, lo scorrer del termine per cui è imposta l'obbligazione (art. 1234 (1187)).

Più innanzi (n. XLIX) dicemmo dello effetto della condizione risolutiva; della

prescrizione faremo un titolo a parte; della estinzione della obbligazione, per l'elaso del termine, non bisogna il menomo sviluppo; sicchè ci resta a trattare di sole sette cause di estinzione, facendone oggetto di sette sezioni distinte.

SEZIONE PRIMA.

DEL PAGAMENTO.

LXXXV. — Lo adempimento dell'obbligazione, ossia di ciò cui si era tenuto, costituisce il pagamento. Estinguendo l'obbligazione, esso ne estingue naturalmente gli accessori; ma non sempre, potendo avvenire che le garanzie accessorie, che proteggevano un credito già pagato ed estinto, sussistano per un altro credito su cui la legge le trasferisce; cioè quando il pagamento si fa non dal debitore, ma da un terzo che vien surrogato ai dritti del creditore. Per tal caso si richiedono regole speciali.

Inoltre, ove alcuno sia tenuto verso il medesimo creditore a più debiti di cose di egual natura, e non può soddisfarle con

unico pagamento, è necessario si determini se al debitore o al creditore spetti il fare la imputazione del pagamento a questo o quel debito, e il modo onde nel silenzio delle parti si dovrebbe imputare.

Infine, ove un creditore, senza un ragionevole motivo, si neghi di ricevere il pagamento, il debitore ha un mezzo onde liberarsi, malgrado del creditore dal cui capriccio non può dipendere che l'obbligazione si perpetui.

Diremo dunque per ordine: 1° del pagamento in generale; 2° del pagamento con surrogazione; 3° della imputazione del pagamento; 4° infine, del pagamento forzato, caso che il creditore rifiuti.

§ 1. — Regole generali sul pagamento.

LXXXVI. — Un debito può pagarsi non solo dal debitore, ma da qualunque altro, anche senza interesse. In tutti i casi, sia fatto il pagamento da chi si voglia, il debito sarà necessariamente estinto, e il debitore liberato; ma questi sarà obbligato in faccia a chi ha pagato per lui, ed ha agito il suo affare.

Bisogna però, per estinguersi l'obbligazione e liberarsi l'obbligato, che il terzo abbia pagato, e non comprato il credito; poichè allora esisterebbe sempre il medesimo debito (art. 1236 (1189)).

Però questa regola, che il pagamento possa farsi dal non debitore, sarà applicabile quando il creditore non abbia interesse che si faccia dallo stesso debitore (art. 1237 (1190)).

LXXXVII. — Il pagamento che deve trasferire la proprietà dell'oggetto pagato (il

che avviene nelle obbligazioni di cose indeterminate ed anche di corpi certi, di cui il debitore ritenesse la proprietà fino alla consegna) non può validamente farsi se non che da colui che n'è proprietario e può alienarlo.

Se chi ha pagato non fosse proprietario della cosa, il creditore potrebbe solo acquistarne la proprietà con la prescrizione (che per mobili non perduti nè rubati avverrebbe immediatamente); ma fino a che non si compia, potrebbe soffrire evizione dal proprietario della cosa. Il creditore che avesse di buona fede consumata la cosa, il che può solo avvenire delle cose mobili, sarebbe al coperto, nè il proprietario potrebbe più domandare da lui nemmeno i mobili perduti o rubati; se li avesse consumati di mala fede, il proprietario potrebbe domandare i danni-interessi. — Il creditore può conservare la

cosa, compiuto che è il tempo della prescrizione; ma non vi essendo obbligato, potrebbe costringere il debitore a rilasciarne una altra di cui fosse proprietario; dacchè nessuno è costretto di valersi della prescrizione, suo malgrado e contro coscienza (art. 1238 (1191)).

Se colui che ha rilasciato la cosa, tuttochè proprietario, fosse incapace di alienarla, potrebbe impugnare il pagamento, se ciò giovasse ai suoi interessi, come se avesse rilasciato una cosa di un prezzo maggiore di una altra con cui si sarebbe potuto anche sdebitare. Ma non potrebbe nemmeno avere più azione se il creditore avesse di buona fede consumata la cosa (art. 1238 (1191)).

LXXXVIII.—Il pagamento deve farsi al creditore che è capace di ricevere, o a chi è mandato da lui o dalla legge o dal magistrato per ricevere in sua vece.

Pure il pagamento fatto al creditore incapace, è confermato se è volto in vantaggio di lui, ed egli non soffre alcun danno dalla irregolarità del pagamento, ovvero anche se è ratificato da quello che doveva ricevere per lo incapace. Similmente, il pagamento che doveva farsi ad un creditore capace, fatto a chi non avea mandato di ricevere in sua vece, diventa valido, se il creditore lo ratifica, o ne profitti (articolo 1241 (1194)).

Il pagamento sarebbe pur valido, se fatto non al creditore nè al suo mandatario, ma al possessore del credito, cioè a chi avrebbe il pacifico godimento della qualità di creditore, come all'erede apparente, o ad un mandatario di cui fosse rievocato il mandato, se la rievoca non si fosse notificata al debitore. Ma non sarebbe il medesimo se fosse spirato il termine di un mandato o questo fosse falso, perchè nel primo caso il debitore è stato negligente, nell'altro egli è stato ingannato (art. 1239 e 1240 (1192, 1193)).

Il pagamento, fatto anche al creditore padrone dei suoi dritti, è parimente nullo, essendovi un sequestro per cui è obbligato il debitore a conservare presso di se non solo una somma pari al credito per cui si è fatto il sequestro, ma tutto ciò che

egli deve; dacchè se fattosi il pagamento, sopravvenissero altri sequestri, il primo sequestrante, concorrendo coi sopravvenuti, otterrebbe una parte della somma conservata, e quindi una porzione soltanto del suo credito; per cui soffrirebbe un danno non ostante la sua opposizione (articolo 1242 (1195)).

LXXXIX.—Essendo il pagamento la consegna o l'adempimento della cosa o del fatto che si deve, il creditore non può esser costretto a ricevere un oggetto diverso, valesse anche di più. Se il creditore consenta che si sostituisca una cosa ad un'altra, vi è novazione, ma ciò non può avvenire suo malgrado (art. 1243 (1196)).

Non si paga quanto si deve, non si fa un esatto pagamento, procurando in frazioni e in vari tempi ciò che si doveva dare in una sola volta, e quindi il creditore non potrà esser costretto a ricevere in parte il pagamento. Nondimeno i tribunali possono dar facoltà di ciò al debitore, ove lo stimino necessario e di nessun danno per il creditore. Ciò è certo, sebbene controverso; dacchè non è solo scritto nella legge, ma è stato anche proclamato nel modo più solenne dagli autori del Codice Napoleone. Della qual cosa non dovrebbe punto dubitarsi, quando il testo, che concede tal facoltà, si è adottato in questo tenore: « Pur nondimeno il giudice, avendo riguardo alla situazione del debitore, può arcordare la divisione del pagamento ». Al qual provvedimento di umanità e d'ordine pubblico, con cui si vogliono proteggere i debitori sventurati e coscienziosi contro la durezza talvolta iniqua di un tristo creditore, non si potrebbe derogare con una speciale convenzione, onde i giudici potrebbero ordinarlo non ostante una contraria stipulazione, ove lo terranno realmente necessario. — Da ultimo, siccome tal disposizione di legge è assoluta, nè per alcun motivo legale e ragionevole vi si può introdurre alcuna distinzione, così, non ostante il sentimento degli scrittori, bisogna dire, facendo eco alla costante giurisprudenza, che tal facoltà può esercitarsi tanto per un debito stipulato con atto notarile che per qua-

lunque altro (art. 1244 (1197)).

XC. — Nessuno potendo rispondere di ciò che è divenuto impossibile non per sua colpa o fatto, ne conseguita che se la cosa determinata individualmente, che è l'oggetto di un'obbligazione, si deteriora senza colpa nè fatto del debitore, questi si sarà sdebitato rilasciando la cosa nello stato in cui si trova. Il semplice ritardo nella consegna diverrebbe una colpa, e farebbe responsabile il debitore, se la cosa si fosse deteriorata, mentre non lo sarebbe stata presso del creditore (art. 1245 (1198)).

Allorchè la cosa dovuta è determinata non individualmente (si chiama allora corpo certo) ma nella sua specie, ovvero se si vuole nel suo genere, quella parte cui spetta (il debitore, se non vi è altra convenzione) deve sceglierne una di mezzana qualità: il creditore non può pretendere la migliore, nè il debitore dar la peggiore. Ma non sarebbe così, se si provasse che l'una parte può scegliere quella cosa che vorrebbe o in quella classe della spe-

cie o del genere, o anche in tutta la specie o in tutto il genere (art. 1246 (1199)).

XCI. — Il luogo in cui deve eseguirsi il pagamento si determina secondo le tre seguenti regole: 1° quello stabilito dalla convenzione, quando è stato convenuto espressamente o tacitamente; 2° se manchi la convenzione espressa o tacita, e il corpo è certo, il luogo della consegna, ove esso era al tempo della convenzione; 3° tranne questi due casi, il pagamento si fa in generale nel domicilio che avrebbe il debitore nel tempo del pagamento, e non in quell'altro che aveva nel di della convenzione; Pothier, di cui è stata riprodotta la regola, spiegava che è nel luogo ove il debito doveva domandarsi. La domanda non può farsi che al domicilio presente del debitore (art. 1247 (1200)).

Le spese del pagamento, ossia tutte quelle che debbonsi fare per recare in effetto il pagamento e provarlo, sono naturalmente a peso del debitore (art. 1248 (1201)).

§ 2. — Del pagamento con surrogazione.

XCI. — Il pagamento con surrogazione è quello fatto da chi non era debitore, e che estinguendo il debito (che è lo effetto necessario ed immediato d'ogni pagamento, cotai che un debito pagato non può non essere estinto) ne lascia sussistere le garanzie accessorie, che son riportate sul novello credito che sorge per effetto della gestione di affari in vantaggio di colui che ha pagato. La surrogazione adunque è la sostituzione di una ad altra persona riguardo alle garanzie del credito, che era dell'una o fu pagato dall'altra. Sebbene la surrogazione possa solo aver luogo, per la natura stessa delle cose, per ciò che si paga da chi non doveva, pur si comprende che essendovi parecchi debitori d'una medesima obbligazione, ella può farsi in vantaggio di uno di loro; perchè se uno dei debitori paga per intero ciò a cui egli era tenuto per la sola sua parte, ciò che paga di più è pagato per

un altro (art. 1236 (1189)).

La surrogazione può stabilirsi per convenzione o risultare di pieno dritto dalle disposizioni della legge.

XCII. — *Surrogazione convenzionale.* La surrogazione convenzionale si può fare: 1° fra il creditore ed un terzo, anche senza il consenso del debitore; 2° fra il debitore ed un terzo, anche senza il consenso del creditore.

Due sole condizioni richiedonsi perchè sia valida la surrogazione consentita dal creditore. La prima è, che essa sia formalmente espressa nella convenzione, non importa in quali termini, non ammettendosi una tacita surrogazione. La seconda, che essa si faccia ad un tempo che il pagamento; dappoichè il pagamento che la precede, essendo puro e semplice, ha estinto le garanzie insieme col credito, e quindi non potrebbe più parlarsi di surrogazione, ossia di trasportar garanzie che più non

esistono. Se la surrogazione deve farsi al tempo del pagamento, ciò non toglie che ella sia *contenuta* prima; allora si recherà sempre in effetto col pagamento. — Il volere altre condizioni che queste, come la rimessa dei titoli del creditore al surrogato, o la notifica autentica della surrogazione al debitore, importerebbe scivolare nello arbitrio. Certo è prudente, che il surrogato cerchi i modi onde assicurare gli effetti della surrogazione rispetto ai terzi e al debitore; ma ciò non riguarda la validità della surrogazione, e poi il surrogato non è costretto di valersi dei mezzi qui indicati: bastando la data certa dell'atto di surrogazione, sebbene non si sieno rimessi i titoli, perchè egli sia garantito dai sequestri che potessero farsi contro il surrogante, o dalla vendita che questi potrebbe fare con mala fede del credito pagato; e il pagamento che il debitore del credito pagato con surrogazione, farebbe al creditore surrogante, non potrebbe opporsi al surrogato, quantunque il debitore avesse conosciuto la surrogazione per una semplice missiva, od anche per una dichiarazione verbale, che si proverebbero o con una scrittura del debitore, ovvero con la sua confessione (art. 1250 (1203)).

Secondo il già detto, un terzo non può mai costringere il creditore a surrogarlo. Può costringerlo a ricevere suo malgrado il pagamento; ma non già a ricevere un pagamento con surrogazione, la quale può solo aver luogo per convenzione, per mutuo consenso (art. 1236 (1189)).

XCIV. — Due sole condizioni richiedonsi pure per la surrogazione che fa il debitore: 1° che un atto innanzi notaro raccerti che il debitore prenda in prestito una somma per fare il pagamento; 2° che una quit-tanza, fatta parimente innanzi notaio, indichi che il pagamento siasi realmente fatto col danaro tolto in prestito. Nessun' altra condizione è necessaria, nè la volontà di surrogare deve essere espressa, ben risultando dallo adempimento delle formalità richieste (art. 1250 (1203)).

XCX.—*Surrogazione legale.* Ha luogo: 1° in vantaggio di un creditore (che paga un

altro creditore del medesimo debitore) che abbia sovra di lui una causa legale di preferenza; 2° in vantaggio di qualunque che abbia interesse di pagare un debito, essendovi tenuto con altri o per altri: come specialmente un debitore in solido che ha pagato più della sua parte nel debito cui era tenuto insieme con altri condebitori, e il possessore di un immobile ipotecato che paga il debito ipotecario di cui era tenuto per un altro; 3° infine in vantaggio dell'erede beneficiario che paga del suo i debiti ereditari.

XCVI. — *Effetti della surrogazione.* La surrogazione convenzionale o legale mette il surrogato, entro i limiti del credito, nel luogo del creditore pagato, cioè gli trasmette tutte le garanzie che appartenevano al creditore, come la fidejussione, intorno al trasporto della quale erano discorsi i nostri antichi parlamenti. Pure, ove il creditore è pagato dal surrogato di una parte del debito, si fa una strana quanto iniqua eccezione; cioè il creditore per la parte del credito che gli rimane, non viene in concorrenza col surrogato, ma gli è preferito; cotachè il surrogato rispetto al creditore, non può esercitare le garanzie che ebbe trasportate, e la sua surrogazione è come non avvenuta. Quindi se il creditore che è stato in parte pagato, e tanto è stato favorito, vende, dona o in altro modo trasferisce la sua porzione del credito, trasmette anche al novello acquirente il medesimo favore; ma se quella parte di credito gli si fosse pagata con surrogazione, il secondo surrogato che non può dire, come un cessionario, di avere il medesimo credito del primitivo creditore, non potrebbe godere della eccezione, e i due surrogati eserciterebbero in concorso le loro garanzie (art. 1252 (1209)).

La surrogazione, abbiamo detto, pone il surrogato nel luogo del creditore, di cui egli trasporta le garanzie, entro i limiti del suo novello credito. Quindi il surrogato, se è di quelli tenuti al debito, e che potevano essere costretti dal creditore, non avrà azione contro tutte le persone contro cui poteva rivolgersi il primitivo creditore.

Allorchè il creditore ha voluto ricevere il suo pagamento e dar quittance per una somma minore della intero debito (essendo certo che le parti vollero fare un semplice pagamento in estinzione del debito, e non già un trasporto del di cui buon prezzo dovrebbe vantaggiare il cessionario, detto impropriamente *surrogato*), il surrogato che ha un credito minore del surrogante, potrà per lo ammontare del credito minore costringere il debitore, e far valere tutti i vantaggi che possono a lui derivare dalla surrogazione (*ibid.*).

Il regresso del surrogato, se egli è di quelli tenuti al debito, o con altri o solo per altri, sembra doversi determinare con le due seguenti regole: — 1° Se il surrogato fosse tenuto con altri, essendo egli uno dei

debitori, non potrà agire per la porzione che deve egli sostenere; per il resto, sebbene il debito fosse in solido e ipotecario, potrà solo costringere i condebitori per la rispettiva loro porzione (onde evitare un circolo di azioni); nè potrebbe procedere affatto contro quelli che vi fossero tenuti colla qualità di fidejussori o a modo di fidejussori, cioè per li debitori, non essendo essi debitori. — 2° Se il surrogato fosse tenuto solo per altri, non essendo egli stesso debitore, dovrà costringere gli obbligati, come lui, per la loro rispettiva parte (sempre onde evitare il circolo delle azioni); ma al puri dello stesso creditore primitivo, potrà agire contro i debitori (*ibid.*).

§ 3. — Della imputazione dei pagamenti.

XCVII. — Allorchè colui che ha diversi debiti dello stesso oggetto, fa un pagamento applicabile sì all'uno che all'altro, ma che non basta per tutti, egli può dichiarare su quale dei debiti vuol fare la imputazione (art. 1253 (1206)).

Non si hanno due debiti quando insieme si debbono una rendita o un capitale fruttifero e una certa somma per decorsi della rendita ovvero per interessi del capitale; il capitale e gli interessi sono realmente gli oggetti di una sola e medesima obbligazione. Quindi non può applicarsi la regola sopra stabilita; nè un debitore potrebbe, senza il consenso del creditore, imputare il pagamento sul capitale, prima che sugli interessi o su i decorsi: a quest'ultimi si applicherà sempre il pagamento ove le parti nulla dicano, quand'anche il debitore faccia un pagamento che non basti a soddisfare tutti gl'interessi del capitale e faccia menzionare nella quittance che il pagamento si fa *per capitale ed interessi*: ciò non toglierebbe che s'imputasse sul capitale quel tanto che avanza, esenti gli interessi o i decorsi (art. 1254 (1207)).

Se per un pagamento che ecceda gl'interessi o i decorsi, la quittance nulla dicesse, si direbbe forse che il sopravanzo

di ciò che era dovuto per gl'interessi debba imputarsi sul capitale, ovvero riguardarsi come una somma indebitamente pagata, e che può ripetersi? È questa una questione d'intenzione che tanto per le rendite che pei capitali sarà decisa secondo le circostanze del fatto; se si prova che il debitore ha fatto un pagamento maggiore per semplice errore, e volendo pagare solo gli interessi, il pagamento è indebito e può ripetersi tanto per un capitale che per una rendita; se invece le parti han voluto estinguere una parte del capitale, non si potrà ripetere nè per i capitali nè per le rendite (*ibid.*).

Se gl'interessi non son prodotti da un capitale e non formano quindi l'oggetto di una sola e medesima obbligazione con esso, ma sono interessi moratori, cioè di una somma dovuta in occasione d'una obbligazione che non produce interessi, come il ristoro del ritardo cagionato nell'adempire una obbligazione, essendo allora gli interessi distinti dal capitale, avrebbe forza la regola generale, e il debitore potrebbe dichiarare quale dei debiti intenda soddisfare.

XCVIII. — La imputazione, ove non sia fatta dal debitore, può farsi dal creditore

nella quitanza, purchè vi sia lealtà per parte di lui; potrebbe farsi annullare dal debitore se fosse provenuta da dolo o anche da semplice sorpresa (art. 1255 (1208)).

L'imputazione non fatta dal debitore nè dal creditore è determinata dalla legge secondo le seguenti regole:

Essendovi due debiti ed un solo scaduto, il pagamento s'imputerà sopra questo

ultimo;— se i debiti sono tutti scaduti ovvero nessuno, s'imputa sul più oneroso;— se i vari debiti son parimente onerosi e scaduti, sul più antico; se i debiti non sono per anco scaduti, su quello che è più prossimo a scadere;— essendo tutti eguali s'imputerebbe su tutti in proporzione (art. 1256 (1209)).

§ 4. — Del pagamento fatto senza il consenso del creditore.

XCIX. — Se un creditore ingiustamente si nega a ricevere il pagamento, potrà il debitore, malgrado di lui, liberarsi con dei mezzi diversi, secondochè il debito sia di una somma determinata, o di un corpo certo, o di una cosa indeterminata.

Però bisogna che il pagamento sia fatto secondo le regole e validamente, ossia: 1° che l'offerta sia fatta al creditore capace o a chi ha mandato di ricevere per lui; 2° che sia fatta da chi può pagare; 3° che abbracci l'intera cosa dovuta; 4° e 5° che non si faccia pria di spirare il termine posto a vantaggio del creditore, nè pria di adempiersi la condizione per cui il debito ha luogo (art. 1158 (1111)).

C. — Pei debiti di somme determinate il debitore deve, caso il creditore rifiuti, far le offerte reali, e depositare poi la somma (art. 1257 (1210)).

Si dicono *reali* le offerte che si fanno col dare di presente ed effettivamente la somma; perchè esse sieno valide, oltre le cinque riferite condizioni, ci vuole;— 6° che si facciano nel luogo stabilito per il pagamento, ovvero, dove taccia la convenzione, alla persona, o al domicilio reale o convenzionale del creditore; 7° che si facciano da un ufficiale ministeriale che abbia qualità di rendere autentici gli atti stragiudiziali, cioè da un notaro o da un usciere; 8° infine, che il processo verbale redatto da questo ufficiale indichi il numero e il valore delle specie offerte, la risposta del creditore, e faccia menzione se questi abbia sottoscritto o negato di farlo, o dichiarato di non potere (*ibid.*).

Il creditore che accetta le offerte reali

è stato pagato nè più nè meno che se lo fosse stato alla buona. Se egli si neghi, il debitore, onde liberarsi, dovrà farlo citare perchè si presenti nel giorno e nell'ora indicata, e nel luogo del deposito, e riceva la somma offerta, se lo vuole, o la veda depositare, se insista nel rifiuto. Se non si presenta, o se nuovamente si rifiuta, dovrà il debitore spogliarsi di tutte le somme offerte, e degli interessi corsi dal giorno delle offerte, depositando ogni cosa nella cassa dei depositi, a cui presiede, in Parigi, un cassiere speciale; in ogni capo luogo di dipartimento, il ricevitore generale; e in ogni capo luogo di circondario, un ricevitore particolare. Infine un processo verbale, steso similmente da un notaro o da un usciere, deve indicare la natura delle specie, far menzione della non comparsa del creditore, o del suo nuovo rifiuto e del seguito deposito, e nel solo caso di non comparsa s'intimerà al creditore una copia del processo verbale (articolo 1257, 1259 (1210, 1212)).

In tal modo offerta e depositata la somma, si stimerà pagata rispetto al debitore, il quale è liberato a condizione che il deposito poi sarà accettato dal debitore, o dichiarato valido da un giudicato; senza di che il debitore può ritirarsi la somma e quindi far continuare sempre il suo debito. Per lo incontro, l'accettazione o la cosa giudicata fanno estinguere del tutto il debito; quindi il debitore potrà, solo ove il creditore lo consenta, riprender la somma, per cui sorgerebbe un nuovo debito, senza le sifejussioni, ipoteche, o altre garenzie del primo credito che si troverebbero e-

stinte (*ibid.*, ed art. 1261-1263 (1214-1216)).

Le spese dell'offerta e del deposito validamente fatte, saranno a carico del creditore che le ha lasciato fare, se il creditore, rifiutata l'offerta reale, l'accetta poi non facendo eseguire il deposito, le spese fatte saranno sempre a di lui carico. Ma se l'accetta appena gli è fatta, non sarà tenuto alle spese, tranne non abbia rifiutato altre precedenti offerte amichevoli; di cui la realtà ed il rifiuto si dovranno provare dal debitore, poichè, secondo diremo nel capitolo delle *Prove*, chi allega deve provare; se poi le offerte provate o confessate, sono state rifiutate dal creditore come invalide, toccherà a lui far la prova che sieno tali (art. 1260 (1213)).

Cl. — Se il debito è di un corpo certo, non è mai necessaria l'offerta reale nè il deposito; ma fa mestieri distinguere se spetta al creditore ritirarsi l'oggetto, ovvero al debitore recarlo da lui.

Nel primo caso il debitore, trasportato che abbia nel luogo della consegna l'oggetto della sua obbligazione, citerà il creditore perchè lo venga a prendere. La citazione intimata alla persona del creditore, o al suo domicilio reale o elettivo equivale nè più nè meno che alle offerte reali e al deposito; il debito immediatamente si estingue purchè di poi il creditore l'accetti, ovvero una sentenza dichiarì valida la citazione. Se il debitore volesse sgombrato il luogo che occupa l'oggetto della obbligazione, potrebbe essere abilitato dal tribunale a depositarlo in altro luogo, che verrà destinato. Le

spese della citazione, e del deposito se occorre, saranno a carico del creditore quando sarà provato che egli si fosse indebitamente negato di ritirarsi l'oggetto (articolo 1264 (1217)).

Se il debitore è obbligato di recar la cosa al creditore, egli può senz'altro, ove quegli si nega a riceverla, depositarla immediatamente in un luogo per quanto più vicino si possa, e citar poi il creditore perchè la venga a prendere. Il debitore vien liberato con tal citazione, purchè sempre segua l'accettazione del creditore, ovvero una sentenza dichiarì valido ciò che si è fatto. Anche in tal caso tutte le spese saranno a carico del creditore che avrà rifiutato (*ibid.*).

Cil. — Quanto ai debiti di cose indeterminate, si seguiranno tutte le regole già indicate per debiti di corpi certi, per questa ragione fra le altre, che la scelta fatta dal debitore della cosa e la indicazione individuale che ne dovrà fare al creditore nella citazione, saranno di essa un corpo certo.

Se la scelta e quindi la determinazione della cosa indeterminata spettasse al creditore, la bisogna andrebbe necessariamente diversa. Il debitore appena il creditore rifiuti, dovrà citarlo perchè venga a scegliere e a ritirarsi l'oggetto; e ov'egli si neghi di nuovo, potrà ottenerne che una sentenza ordini che, caso il creditore in un termine posto non faccia la scelta, questa si farà dalla tal persona, e la cosa scelta si depositerà nel tal luogo (*Aggiunzione all'articolo 1264 (1217)*).

SEZIONE II.

DELLA NOVAZIONE.

CIII. — La novazione è il mutamento di una obbligazione in un'altra, la sostituzione d'una obbligazione nuova ad una antica che si estingue e sostituisce con la seconda. Essa può avvenire in tre modi: 1° col cambiarsi soltanto la obbligazione (rimanendo i medesimi il debitore e il creditore); 2° col mutarsi il debitore; 3° col mutarsi il creditore.

Coteste tre cause, delle quali una sola può recare in effetto la novazione dell'obbligazione, possono anche concorrere insieme, e se parecchie cause possono concorrere per estinguere un solo debito, viceversa, più debiti possono ad un tempo essere estinti con una sola causa (articolo 1271 (1225)).

Se la novazione avviene per il mutamento di debitore, evvi delegazione, se dallo antico ne è stato surrogato un altro (articolo 1275 (1229)). Se al contrario il novello è venuto a surrogarsi all'antico, senza il di costui consenso, evvi, come si dice, espromissione (art. 1274 (1228)).

CIV. — È ben difficile il conoscere se una convenzione abbia operato la novazione, la quale se di leggieri si ammettesse, spesso si darebbe alle parti una intenzione che non hanno avuto. Così si potrebbe riconoscere una novazione per mutamento di debito, quando le parti han voluto solo modificarlo e non sostituirgliene un altro; una novazione per mutamento di debitore, quando si è voluto aggiungere al primo un secondo debitore ovvero un fidejussore; una novazione per mutamento di creditore, quando si è voluto cedere il credito. Ma dall'altra parte, siccome cosa grave è la novazione, e non dee ritenersi con leggerezza che un creditore abbia voluto scemare i suoi dritti, la legge, onde prevenire le conseguenze della interpretazione sovrana che di ordinario spetta ai giudici del fatto nelle quistioni d'intenzione, nega positivamente di riconoscerla, quando può essere dubbia e non evidente la volontà di recarla ad effetto. Anzi non permette che essendovi delegazione (caso in cui è più a temersi l'errore) si riconosca la novazione quando non ne è espressa la volontà; negli altri casi basta che la volontà sorge chiaramente dalle circostanze (art. 1273, 1275 (1227, 1229)).

Cotesti principi la giurisprudenza ha specialmente applicato al venditore, che riceve biglietti dal suo compratore, come prezzo della vendita, ed è stato a buon dritto deciso che la quitanza data, anche senza riserba, dal venditore, non basta a mostrare che il creditore abbia voluto estinguere, ove non si paghino i biglietti, il suo credito privilegiato; e sono state casse talune decisioni che aveano altrimenti giudicato, per avere contravvenuto alla legge (art. 1273 (1227)).

CV. — Essendo la novazione la sostituzione di uno ad altro debito, è necessa-

rio, perchè ella si compia, che esistano due obbligazioni, quella che deve estinguersi coll'altra che si sostituisce, e quella che deve sostituirsi ed estinguere la prima. Se la prima non avesse esistenza legale, non esisterebbe nemmeno l'altra che si consentisse per sostituir quella, e la novazione apparente sarebbe come non avvenuta; se la seconda giuridicamente esistesse, la prima che si sarebbe estinta per la sostituzione dell'altra, esisterebbe sempre, e non vi sarebbe stata quindi novazione.

Se due obbligazioni son necessarie, non si richiede che abbiano una esistenza perfetta e irrevocabile. — Così, quando può annullarsi una o ciascuna delle obbligazioni, esiste certamente la novazione (salvo che poi si annulli), dacchè la obbligazione che può annullarsi, produce gli effetti ordinari finchè sussiste. — La novazione si compirebbe del pari ed anche irrevocabilmente, sebbene una delle obbligazioni fosse puramente naturale, dacchè l'obbligazione naturale, essendosi come tale manifestata, si ha per efficace come la obbligazione civile, o meglio diventa debito civile, per il suo stesso manifestarsi. — Da ultimo, sebbene la obbligazione condizionale non è mai esistita quando non si è compiuta la condizione sospensiva, ovvero si è compiuta la risolutiva, tale obbligazione basta per la novazione; nè solo per una che è condizionale e che dovrebbe perfezionarsi quando l'obbligazione divenisse perfetta, ma anche, se così han voluto le parti, per una novazione assoluta pura e semplice, e immediatamente perfetta. La nostra legge, rigettato il rigorismo romano, segue le regole dell'equità e rispetta le volontà dei contraenti ove non riguardino cose illecite, quindi si può rompere un legame, anche imperfetto e condizionale, sostituendone altro puro e semplice, o viceversa; p. e. si può sostituire assolutamente con un debito puro e semplice di 200 fr., uno condizionale di 500, ovvero viceversa (articolo 1272 (1226)).

CVI. — Adunque deve prudentemente intendersi il principio certo ed incontra-

stabile, che due obbligazioni siano necessarie; aggiungeremo qualche sviluppo.

So una delle due obbligazioni è radicalmente nulla (come se fosse contraria ai buoni costumi), qualunque novazione è impossibile.

Ma se una delle obbligazioni può soltanto annullarsi o per incapacità o per violenza, errore o dolo, la novazione sussiste, finchè quella non sia stata annullata; se lo sarà, l'obbligazione non sarà mai esistita, la novazione è quindi pur nulla, e come non avvenuta (salvo ciò che diremo qui sotto). Ma è importante osservare, che ove possa annullarsi l'antico debito, la novazione medesima spesso coprirà il vizio, per modo che non potendo più annullarsi l'antica obbligazione, la novazione sarebbe immediatamente irrevocabile. Difatti, se con piena conoscenza del vizio, il debitore si è liberato della sua obbligazione sostituendone un'altra, egli ha perciò rinunciato alla sua azione di nullità; se invece ha consentito la novazione, ignorando la causa dello annullamento, egli può sempre domandarlo, e pronunziato che è, verrà meno la novazione.

Se il debito che può essere annullato è stato novato, non dal debitore stesso ma da un terzo, il debitore potrà sempre uttene il annullamento; ma non ne seguirebbe la nullità della novazione. Se il terzo ha voluto obbligarsi per il caso (e forse anche *specialmente*) in cui si annullerebbe il debito, gli è che questo costituisce una obbligazione naturale che egli ha voluto come tale novare, e la novazione dev'essere efficace, come lo sarebbe quando si fosse novato una obbligazione condizionale, appunto come tale, e non solo in quanto diverrebbe perfetta; ma se il terzo ignorasse il vizio dell'obbligazione, ovvero se, conoscendolo, non sia certo che egli abbia voluto obbligarsi anche per il caso in cui si annullerebbe, la novazione è come non avvenuta.

Un'altra osservazione vuolsi fare per il caso in cui l'antico debito fosse annullato nel mentre si fa la novazione. Allora quando la novazione è stata fatta dallo stesso

debitore, questi si è riconosciuto legato in coscienza, ed evvi validissima novazione di una obbligazione naturale. Se la novazione è stata fatta da un terzo, si deciderà necessariamente il medesimo, se questi conoscesse che si fosse pronunziato l'annullamento; se l'ignorasse, rientrerebbe la distinzione del precedente paragrafo, e la novazione sarà nulla o valida, secondo che il terzo avrà voluto o no obbligarsi anche per il caso dello annullamento.

Del resto, quando fra le parti è controverso se il debitore ha conosciuto il vizio del suo debito, ovvero se il terzo ha voluto anche obbligarsi per il caso dell'annullamento, deve il creditore far la prova del fatto negato dall'avversario (art. 1212 (1226)).

CVII.—Da ciò che più sopra dicemmo sorge, per quanto riguarda la influenza delle condizioni, che la novazione, come qualunque altro contratto, può farsi puramente o con condizione, e che si può recare in effetto (non importa se sia pura e semplice, ovvero condizionale) sostituendo l'una all'altra, ovvero due obbligazioni pure e semplici, o una obbligazione pura e semplice ed una condizionale, ovvero due condizionali. Qualunque sieno le combinazioni che potranno intorno a ciò farsi, la convenzione delle parti dovrà sempre regolarsi secondo i principi generali.

La maggior difficoltà qui, come sempre, sorgerebbe dal non essere espressa la volontà, o dalla ambiguità dei termini, ma la sarebbe una questione d'intenzione da decidersi secondo le circostanze. Così quando le parti han dichiarato di sostituire ad una obbligazione pura e semplice una novella obbligazione con la tal condizione, senza spiegare se questa debba riguardare il novello debito, ovvero il contratto di novazione, la volontà dei contraenti si riconoscerà dalle circostanze, la più importante delle quali sarebbe il valore comparativo degli oggetti delle due obbligazioni (art. 1212 (1226)).

CVIII.—Sebbene effetto naturale della novazione sia che si annulli l'obbligazione e di conseguenza tutti i suoi accessori,

pure una benigna eccezione fa che si trasportino sulla novella obbligazione i privilegi o le ipoteche che proteggevano la precedente; quindi un credito recentissimo potrà essere garantito da una antica ipoteca anteriore ad altre che pur precedono il credito. Ma cotai trasporti non può farsi che insieme colla novazione, dacchè se così non fosse, le ipoteche si estinguerebbero insieme col debito, e poi non si potrebbero più trasportare, ma solo costituirsi sulle altre. Perchè il trasporto si compia, ci vuole il consenso, almeno tacito, del proprietario dei beni ipotecati; la qual regola è sì rigorosa che consentitasi la novazione da un debitore in solido, non si potrebbero trasportare sul novello credito le ipoteche sopra i beni dei condebitori che non ebbero parte nella convenzione (art. 1278-1280 (1232-1234)).

Certamente, non si potrebbe mai con alcuna convenzione imporre sopra i beni di un debitore novello una ipoteca del medesimo grado di quella che esisteva sopra i beni dell'antico; per una benigna eccezione si conserva allo stesso grado un'antica ipoteca per un debito nuovo; ma non potrebbe darsi un grado antico ad una nuova ipoteca. Dovendosi conservare o non costituire una ipoteca, è sufficiente il consenso tacito del proprietario; ma dovrà essere formalmente espresso in un atto autentico, se si voglia costituirne una nuova (*ibid.*).

CIX. — Il consenso del proprietario per conservarsi l'antica ipoteca, del pari che quello per costituirsi una nuova, potrebbe essere una condizione apposta alla novazione. Siccome può farsi la novazione soggetta alla condizione se ritorna quel bastimento, così il creditore può dichiarare di consentire la novazione allorchè il tale e il tale fossero partecipi della novella obbligazione, o come condebitori in solido, o come fidejussori, ovvero se il tale ipoteccherà i suoi beni; ovvero purchè il precedente debitore consenta si conservino le ipoteche che proteggevano l'antico debito. In cotesti vari casi, come in tutti, ove sia apposta una condizione, sarà o no efficace la novazione, avverandosi o no il fatto previsto (art. 1281 (1235)).

Un'ultima osservazione. — Se insolvente è il novello debitore che in luogo dell'antico è accettato dal creditore, la obbligazione esiste sempre, e però la novazione è perfetta, fosse anche compiuta per delegazione, ossia se l'antico debitore ne avesse surrogato un altro in sua vece. Ma se in tal caso, il novello debitore fosse fallito o decotto al tempo della novazione, il creditore non potrebbe sperimentare lo antico credito già estinto, ma pretendere che il debitore lo ristori del danno sofferto; il qual regresso contro il delegante potrebbe anche essere stipulato dalle parti (art. 1276 (1230)).

SEZIONE III.

DELLA REMISSIONE DEL DEBITO.

CX. — Sebbene in un senso lato il creditore rimette il debito quando libera del tutto il suo debitore (come lo può col pagamento e con la novazione) pure *rimette* propriamente estinguendo il debito colla rinunzia del suo eredito, con l'abbandono del suo diritto, per modo che il debito e-

stingua si immediatamente colla semplice volontà del creditore (1).

Un debito si può rimettere con o senza convenzione; con un atto consentito dal creditore e dal debitore, ovvero con un testamento, ovvero con un assoluto abbandono che è la rinunzia del creditore al

(1) Nella novazione, per esempio, la causa immediata della estinzione è il fatto della sostituzione del crediti; la volontà n'è il principio me-

diato. Da questa si ingenera la novazione del debito; da quest'ultima la estinzione dell'antico debito.

proprio dritto, non già nello interesse speciale del debitore, ma solo nello intendimento di spogliarsi del credito. Nel quale ultimo caso il debito si estinguerrebbe senza o non ostante il volere del debitore.

Si rimette a titolo oneroso ovvero a titolo gratuito secondo il creditore riceva o no in cambio della rinunzia un qualche vantaggio. Così è a titolo oneroso se fatta con una transazione, ovvero è correlativa ad una rimessa reciprocamente consentita dall'altra parte (*Osservazioni preliminari dell'art. 1282 (1236)*).

CXI. — La remissione è espressa o tacita. Quella tacita, specialmente se gratuita, non deve facilmente presumersi, ma deve sorgere chiaramente dalle circostanze (*art. 1286 (1240)*).

Però in un caso si presume di pieno dritto, cioè quando il creditore rimette volontariamente al debitore il titolo dell'obbligazione, purchè ciò non avvenga per effetto del pagamento. Nel dubbio, il creditore dovrà provare che non ha volontariamente rilasciato il titolo, o che non lo ha rilasciato per effetto del pagamento; dal possesso del titolo ben si presume, fino a che non si provi il contrario, che sia stato piuttosto restituito, anzichè perduto o involato, e che lo sia stato per cagion del pagamento anzichè per una remissione. — Contro tal presunzione di remissione (e quindi di estinzione del debito, e di liberazione del debitore) che risulta di pieno dritto dalla consegna del titolo che dal creditore si prova (ovvero dal debitore si confessa) non essere avvenuta per effetto del pagamento, non si ammette prova contraria, se si è consegnato il titolo originale; ma può ammettersi, ove si sia consegnata la spedizione di un atto autentico di cui resti la minuta (*art. 1282, 1283 (1236, 1237)*).

Da ultimo, la remissione, essendo più i coobbligati, è reale o personale, se riguarda il debito, e quindi liberi tutti i debitori, ovvero riguarda puramente uno degli obbligati, e liberi lui solo (*art. 1284, 1287, a. IX (1238, 1241)*).

CXII. — La remissione, qualunque essa

sia, si compie sempre colle condizioni generali richieste per l'atto che l'ha prodotta.

Così, non essendovi rinunzia assoluta, pura e semplice, la remissione avviene allorchè il creditore ha accettato la rinunzia fatta dal creditore a di lui profitto. — Se la convenzione che racchiude una remissione, è una transazione, non debbonsi solo compiere le regole sulle convenzioni ordinarie, bisogna pure che le parti sieno capaci di transigere. — Se la remissione è gratuita, è necessario che le parti sieno capaci di donare e ricevere, seguendo le regole della riduzione e della collazione: non saranno necessarie le regole intorno alle forme delle donazioni, non essendo questa una donazione propriamente detta (*Osservazioni preliminari*).

CXIII. — La remissione, comunque si adempia, estingue naturalmente l'obbligazione e i suoi accessori. Ma se ciò non dà luogo a dubbio, essendovi un sol debitore, non sarà così se parecchi sieno coobbligati al debito; e dovranno allora far molte distinzioni per conoscere se sia reale o personale la remissione, e quali le conseguenze che genera.

La remissione espressa, accordata ad un condebitore solidale, s'applica all'intero debito, e libera pienamente tutti i debitori, tranne non si faccia una restrizione formale. Se essa riguarda solo la parte del condebitore, il debito si estingue solo per questa, liberandone gli altri debitori; caso che uno di loro sia insolvente, essa li disonera pure della porzione che il primo avrebbe dovuto perciò sostenere.

Il creditore può anche manifestare di voler liberare il condebitore della solidarietà; così si conserverebbe l'obbligazione contro costui per la sua porzione, e contro gli altri per l'intero. — La remissione tacita fatta ad un condebitore in solido, libera anche pienamente gli altri, se sorge dalla consegna volontaria del titolo. Negli altri casi si vedrà dalle circostanze che cosa vollero le parti rimettere (*art. 1285 (1239)*).

CXIV. — Se il debito è protetto da fidejussori, costoro sarebbero liberati dalla

rimessione, espressa o tacita, fatta al debitore principale. La rimessione all'unico fidejussore, o a tutti, non libera certamente il debitore; estingue bensì la fidejussione, ma non riguarda punto il debito, come lo abbandonano d'un ipoteca, di un pegno o di altra garanzia. — La rimessione fatta ad uno dei fidejussori, come tale, libera gli altri, scemando la fidejussione sì della parte del primo, che della porzione che egli avrebbe dovuto sostenere, ove alcuno degli altri sarebbe insolvente. — La rimessione di uno dei fidejussori non avrà effetto per gli altri, se quegli si sia obbligato con un atto posteriore, sicchè gli altri non potevan fare alcuno assegnamento su di lui. Del resto, semprechè la rimessione è consentita per un prezzo, essa è reale, o per meglio dire, costituisce di pieno dritto un pagamento fino alla concorrenza della somma ricevuta dal creditore. — Così, si fosse anche dichiarato di volersi liberato solo il fidejussore, e la somma da costui data essere il prezzo dei rischi da cui si toglie, questa somma s'imputerebbe sempre sul debito, liberando così tutti gli obbligati (articoli 1287 e 1288 (1241 e 1242)).

CXV. — Se i vari obbligati, ad uno dei quali si fa la rimessione, sono tutti debitori solidali rispetto al creditore, mentre sono debitori principali e fidejussori fra di loro, bisogna conoscere se l'obligato sia stato scaricato come debitore in solido, ovvero come debitore principale o fidejussore, poichè, secondo i casi, sarebbe diverso lo effetto della rimessione.

La è questa una quistione di intenzione che si deciderebbe secondo le circostanze ove mancasse una esplicita dichiarazione.

Così non vi sarebbe dubbio se la rimessione fatta *per la porzione* dell'obligato riguardasse solo quel condebitore solidale che sarebbe il solo debitore reale (essendo gli altri suoi fidejussori): la rimessione gli si farebbe come a condebitore solidale per la sua porzione virile ed apparente, poichè solo in tal qualità egli ha una *porzione*. Nel dubbio si dirà che l'obligato è stato disonerato come condebitore in solido, poichè in faccia al creditore che fa la rimessione è quella la sua qualità, e sarà debitore principale o fidejussore, rispetto agli altri coobbligati (art. 1285 (1239), n. IV).

Inoltre, quante volte la rimessione ad uno dei vari obbligati, li ha tutti liberato, il primo, secondochè la sua rimessione è stata a titolo oneroso o a titolo gratuito, potrà o pur no rivolgersi contro i suoi coobbligati. — Infatti, il coobbligato che a prezzo di sacrifici, ha comprato la liberazione di se e dei suoi consorti, sarà stato per questi gestore di affari, per cui essi son tenuti a rindennizzarlo; ma se la rimessione è stata semplicemente gratuita, non vi potrà essere più ristoro che è la riparazione di un danno sofferto... Senza dubbio, il creditore d'una obbligazione, a cui più persone son tenute, potrebbe conferire a titolo gratuito ad uno di essi il suo credito, in modo che questi possa farsi pagare dai suoi coobbligati, ma per ciò bisogna che il credito sia *trasferito*, non già *estinto*: sarebbe quella una donazione, una *cessione* del credito (che esisterà necessariamente, tranne la parte estinta per la confusione) e non già una *rimessione* (art. 1286, 1287 (1240, 1241), n. VIII).

SEZIONE IV.

DELLA COMPENSAZIONE.

CXVI. — La compensazione è la estinzione ad un medesimo tempo delle obbligazioni di cui due persone sono reciprocamente debtrici, e che l'una e l'altra si estinguono reciprocamente. È un pagamento fittizio autorizzato dalla legge, od operan-

tesi di pieno dritto, perchè non sien costrette le parti di consegnar con una mano ciò che dovranno coll'altra ricevere.

In fatti si distingue la compensazione *legale* che si adempie di pieno dritto, anche ad insaputa dei due debitori, ove con-

corrano le condizioni richieste: e la compensazione *facultativa*, che mancando alcuna delle condizioni si effettua a richiesta di una delle parti, che ha la *facoltà* di farla o di non farla.

CXVII.—Le condizioni perchè la compensazione si compia di pieno dritto, sono quattro:

1° È necessario che le due parti sieno realmente debtrici l'una dell'altra.—Così non si compenserebbe il mio debito con quello che voi avete verso la eredità accettata da me col beneficio dell'inventario, poichè per siffatta accettazione che distingue il mio dal patrimonio ereditario, non sono io il creditore, ma la eredità.—Parimente, non si compensa il vostro debito verso di Pietro, col debito di costui verso quel tale che voi avete mallevato in faccia a lui; *ab initio* il fidejussore non era propriamente debitore, e solo lo diviene quando il creditore lo costringe dopo discussi i beni, o provata l'insolvenza del debitore principale. In tal caso sarà direttamente debitore, e si darà luogo a compensazione, concorrendo le altre condizioni (1).—Così pure, essendo il debito solidale quello in cui l'intero è dovuto non da ciascuno dei condebitori, ma da quello contro cui il creditore vuol rivolgersi, conseguita che l'intero dovuto al creditore si compensebbe col debito di quest'ultimo verso il condebitore contro cui agisce, ma non con il suo debito verso il condebitore contro cui non si rivolge. Qui parliamo della compensazione dell'intero debito; dappoichè, siccome ciascuno dei coobbligati, innanzi di diventar debitore dello intero per la domanda del creditore, trovasi *ab initio* debitore della sua porzione nel debito, la compensazione di ciò che gli deve il creditore, si compie per la sua parte prima della domanda del creditore, il quale non può quindi agire contro gli altri che de-

dotta la parte del condebitore.—Se i vari coobbligati fossero ad un tempo debitore principale e fidejussore nei loro rapporti, ma condebitori in solido rispetto al creditore, sarebbero governati dalle regole già indicate per il debito in solido e non già dalle altre che regolano il caso della fidejussione, poichè la compensazione si compie dall'obligato al creditore, e non dall'obligato al suo coobligato (art. 1289, 1290 e 1294 (1243, 1244, 1248)).

2. La seconda condizione per la compensazione legale è, che gli oggetti dei due debiti sieno perfettamente fungibili fra loro, e talchè ciascuno dei due debitori abbia potuto fare il pagamento della cosa dovuta da lui col rilascio (che avrebbe potuto fare subito dopo avere ricevuto) di quella a lui dovuta.—Così non potrebbe compensarsi un ettare di terreno che io vi debbo in quella contrada, con quello voi mi dovete, in una comune di quella contrada; io posso pagarvi conseguendovi ciò che mi darette, ma voi non potete fare il medesimo con me; io posso pagarvi con un ettare di un comune diverso da quello in cui voi siete tenuto dirmi l'altro ettare. Dunque i due oggetti non sono vicendevolmente fungibili.—Non potrebbero nemmeno compensarsi i debiti, se uno di essi fosse alternativo, non conoscendosi in tale obbligazione qual sia la cosa dovuta; bensì lo potrebbero quando fatta la scelta l'obbligazione è diventata pura e semplice. Se il debito fosse soltanto *facultativo*, dovrà farsi la compensazione ove il debitore nel termine posto non usi nè dichiarare di voler usare della facoltà di consegnare un oggetto diverso da quello dell'obbligazione (art. 1291, 1292 (1245, 1246)).

Cotesta regola, di cui trattiamo, naturalmente va applicata ai debiti di somme determinate, che sono le cose più fungibili (2); ai quali debiti sono pareggiati

(1) Operatosi in tal modo la compensazione tra il creditore e il fidejussore, divenuto debitore diretto, si annullerà il debito, e il debitore principale sarà liberato rispetto al creditore; che se la compensazione si compie direttamente fra il creditore e il debitore principale, rimarrà pure libe-

rato il fidejussore, pochè estinguendosi il debito, si estinguerà l'accessorio.

(2) Tranne il caso rarissimo in cui fossero dovute delle monete, non come valore ordinario che può esser pagato con altre monete, ma come corpi certi da doversi rilasciare *in ipso individuo*.

quelle delle derrate il cui valore è regolato dal prezzo dei pubblici mercati; qualunque di siffatta derrata, ritenendosi come danaro, si compenserà o con somme o con altre siniglianti derrate. La regola si applicherà specialmente ove un possessore di frutti debba restituire i frutti; egli che secondo una regola di procedura, è tenuto ai frutti stessi dell'ultima annata, e al loro valore per le annate precedenti, compenserà, se ha un credito di una somma sufficiente contro il vero proprietario, non solo la somma dovuta per l'ultima annata, ma anche i frutti delle annate precedenti purché il loro valore sia regolato dai pubblici mercati. In un caso le derrate il cui valore è regolato dai pubblici mercati, non si compenserebbe con somme o con altre derrate, ed è quando i due debiti scaturissero da uno stesso contratto (una vendita o una permuta) che dovrebbe ottenere a ciascuna parte l'oggetto dovuto in cambio dell'altro che deve; la compensazione annullerebbe la formale convenzione delle parti (*ibid.*).

3. È necessario inoltre che i due debiti sieno liquidi, cioè che sieno certi e determinati: *Cum certum sit an et quantum debeatur*.—Non vi sarebbe compensazione se uno dei debiti fosse contrastato (ma seriamente), ovvero se fosse soggetto ad una condizione, ovvero se il valore dipendesse da una stima o da un conto (*ibid.*).

4. Infine ognuno dei debiti deve di presente potersi riscuotere, cioè esser tale che il creditore possa subito e efficacemente farsi pagare dal debitore.—Non si compenserebbe un debito a termine (1), che non può di presente pagarsi; nè il capitale di una rendita, dacché il debitore non può essere costretto al rimborso; nè un debito che si può annullare, o prescrivere, sebbene non si sia opposta la prescrizione, o

non si sia fatto annullare, dacché il debito sta soggetto ad una eccezione perentoria, per cui il debitore non può suo malgrado pagare; nè un debito il cui oggetto è sequestrato presso il debitore, dacché il sequestro è un impedimento legale al pagamento. — Il dritto di riscuotere un debito che era a termine derivante dalla decozione del debitore, o dallo aver lui menomato le cautele del credito, fa che possa compensarsi il debito dal giorno in cui si dichiara decorso il termine.

Il medesimo dritto che risulta dal fallimento, è d'un genere speciale e non dà luogo a compenso; così è formalmente dichiarato dalla legge di commercio (*ibid.*).

CXVIII. — Oltre le quattro indicate, non si richiede altra condizione per la compensazione legale. Sarà indifferente se diverse le cause, se ineguale lo ammontare dei due debiti: il minore si estinguerà all'intero, il maggiore sino alla concorrenza del primo. Nè tampoco importerebbe, se sieno diversi i luoghi in cui dovrebbero i due debiti pagarsi; però (in caso di pagamento reale) la parte che ha pagato maggiori spese, per la rinnesa, potrà ripetere dall'altra la differenza che in di lei vantaggio esiste nel corso del cambio (art. 1290, 1293 e 1296 (1244, 1247 e 1250)).

Nondimeno vi hanno quattro eccezioni al principio.

Non si farà compensazione legale:

1° Quando per una delle obbligazioni si deve restituire una cosa di cui illegalmente si era tolto il possesso al proprietario: quella allora si dovrà restituire, non ostante vi concorrano le condizioni richieste per la compensazione. — 2° Se si deve restituire una cosa che si fosse depositata, faccullando il depositario a restituirla una simigliante (2). — 3° Se le cose dovute sono insequestrabili. — 4° Infine, se si fosse an-

(1) Si potrebbe compensare un debito a termine, se questo si fosse accordato dal magistrato senza alcun dritto del debitore e perché egli era nella impossibilità di pagar subito, poichè senza un pagamento reale il debitore si potrebbe liberare.

(2) Un deposito regolare ed ordinario d'una cosa, che deve restituirsi identica, non è compreso

MARCADE, *col. III, p. I.*

nella regola, e quindi è escluso dalla eccezione. Infatti in tal caso, qualunque sia l'oggetto (anche una somma di danaro), verrà depositato come corpo certo, e non potrà compensarsi, perchè non fungibile. — Per medesimezza di ragione, non avrà luogo nel prestito ad uso, il cui oggetto è sempre un corpo certo.

tipatamente rinunciato al compenso dei debiti; potendosi ciò fare, stantechè la compensazione legale fu stabilita per motivi di interesse puramente privato (art. 1293 (1247)).

CXIX. — Se può rinunciarsi ad un compenso futuro, con più ragione si può ad un compenso compiuto; e la rinunzia può esser tacita in ambi i casi. Or si tiene per rinunciato il beneficio acquistato della compensazione, non solo se il debitore ha pagato il debito già per quella causa estinto, ma anche se il creditore ha puramente e semplicemente accettato la cessione del debito. Ma il debitore che ha rinunciato, non ha perciò il credito reciproco di prima, essendosi estinto di pieno dritto per la compensazione, ma ne acquista uno nuovo ed eguale, per cui non potrebbe esercitare i privilegi, le ipoteche o le fidejussioni che proteggevano l'antico. Pure cotali garanzie si fan rivivere per benigna eccezione, in vantaggio del novello credito ove il debitore abbia pagato, ovvero accettato la cessione nell'ignoranza scusabile del suo credito. — Dal medesimo principio che i due debiti si estinguono di pieno dritto per compensazione, sorge che ove il debitore abbia accettato puramente la cessione, il cessionario non acquista il credito originario, ma uno nuovo, che deriva dall'essersi costituito debitore verso di lui con una accettazione senza riserve, e per cui non può

mai esercitare le garanzie dell'antico. Se poi si fosse notificata la cessione al debitore, ovvero si fosse fatta una accettazione con espressa riserva, la compensazione avrebbe luogo per intero, e nessun dritto acquisterebbe il cessionario contro il debitore ceduto.

Osserveremo da ultimo, che operandosi il pagamento fittizio nel silenzio delle parti, ed anche a loro insaputa, consegua che se una di esse parti avesse più debiti verso dell'altra da compensare, si dovrebbero applicare le regole della imputazione del pagamento (art. 1295, 1297 e 1299 (1249, 1251 e 1253)).

CXX. — La compensazione *facultativa* partorisce di necessità il medesimo effetto che quella legale, estingue cioè i due debiti coi loro accessori; se non che si compie con la volontà, e a richiesta dell'uno dei debitori in cui sta di effettuare quella condizione che manca per la compensazione. Per grazia di esempio, se voi mi dovete un corpo certo di quella specie, ed io vi debbo un individuo indeterminato della medesima specie (nel qual caso non avviene la compensazione legale, perchè non son fungibili i due oggetti) io posso fare il pagamento effettivo del mio debito e pretendere il pagamento del vostro, ovvero opporvi la compensazione dell'oggetto dovutomi da voi stesso (*Aggiunzione allo art. 1299 (1253)*).

SEZIONE V.

DELLA CONFUSIONE.

CXXI. — La confusione, considerata come causa che estingue l'obbligazione, consiste nel concorso nella medesima persona di due qualità incompatibili che a vicenda si distruggono non potendo più adempirsi la obbligazione.

Non direm già, come spesso si dice: *il concorso delle due qualità di creditore e di debitore*; poichè non avvenendo sempre così, si restringerebbe di troppo la definizione.

In fatti, se il concorrere delle qualità

di creditore e fidejussore, estingue l'obbligazione accessoria della fidejussione (nello stesso modo che si estingue la principale, col concorrere delle due qualità di creditore e di debitore); esso si estinguerà parimente se concorrano le qualità di *fidejussione* e di *debitore principale*; poichè non si può mallevare un credito proprio come non si può esser debitore di se stesso, così non si può nemmeno mallevare un proprio debito.

La confusione opera o quando una delle

due persone in cui concorrono le due qualità incompatibili, succede all'altra, o quando un terzo succede a tutte e due (articoli 1300, 1301 (1254, 1255), n. III).

CXXII.—Gli effetti della confusione, nei vari casi particolari, non offrono alcuna difficoltà, poichè sorgono per la forza stessa delle cose, e potranno ritenersi estinti per confusione i dritti che veramente non si possono adempire.—Così, se il debitore d'un quarto lo diventa di un altro quarto, non vi sarà confusione; poichè le due qualità non sono per nulla incompatibili, nè è impossibile che un solo sia debitore di due quarti dovuti da due.

Parimente, se in una persona concorrono una o due qualità incompatibili per una frazione del debito, solo per questa vi sarà confusione. Se un creditore succede al debitore per metà, solo per essa si estingueranno il credito ed il debito, potendo

il creditore rivolgersi per l'altra metà contro l'altro rappresentante del debitore (articolo 1301 (1255), n. II).

La confusione può rinvocarsi, o per l'annullamento della causa che l'avea prodotto (per esempio, se un erede fa dichiarar nulla la sua accettazione per dolo o violenza), o per la semplice convenzione (per esempio, per la vendita dei dritti successori fatta dallo erede).

Nel primo caso, la confusione non è assolutamente come non avvenuta, e tutti i dritti estinti, generalmente, sono sempre esistiti; nel secondo, la si estinguerà relativamente alle parti contraenti; poichè la semplice volontà di esse parti non può in pregiudizio dei terzi far risorgere i dritti di fidejussione, d'ipoteca ed altri, estinti in vantaggio di quelli (art. 1301, (1255), n. IV).

SEZIONE VI.

DELLA SOPRAVVENIENZA D'UN AVVENIMENTO CHE RENDE IMPOSSIBILE LO ADEMPIMENTO.

CXXIII.—Nessuno è tenuto all'impossibile, dunque si estinguerà qualunque obbligazione assolutamente impossibile ad eseguirsi. Sarà altrimenti però ove la impossibilità sorga per la colpa o per il fatto del debitore: allora, come anche se il debitore abbia tolto su di se i casi fortuiti, l'obbligazione si estingue e si dovranno invece i danni-interessi; se però non gli si può imputare la impossibilità, egli sarà pienamente liberato verso il creditore (articolo 1234-6° e 1302 (1137 e 1256)).

CXXIV.—Le quali regole, applicabili per la forza stessa delle cose a qualunque obbligazione, vengono specialmente dalla legge applicate all'obbligazione di consegnare un corpo certo, ossia un oggetto individualmente determinato.

Distrutto, perduto o altrimenti tolto di commercio il corpo certo, l'obbligazione si estingue, con doversi o no i danni-interessi se la perdita provenga o no da colpa o fatto del debitore. Spetterà a questi giustificare la forza maggiore che ha

posto l'oggetto fuori commercio; al creditore poi, se pretende che l'avvenimento provenga da colpa o fatto del debitore.

La mora rende in colpa il debitore, ma questi non è tenuto a danni-interessi se non ne proviene alcun danno; quindi se provi che la cosa perita appo di lui, lo sarebbe egualmente appo il creditore, anche se l'avesse rilasciata al tempo prefisso, non sarà tenuto a danni-interessi (articolo 1302 (1256)).

Del rimanente, in due casi il debitore sarà tenuto al ristoro, e dovrà il valore dell'oggetto, quantunque la perdita provenga da un caso fortuito che non gli si può imputare: cioè, 1° come più innanzi dicemmo, se per una convenzione speciale il debitore abbia tolto su di se i casi fortuiti; 2° se è un ladro che si obbliga restituire la cosa da lui rubata. Questi non solo dovrà il ristoro pei casi fortuiti ordinari, giacchè il suo possesso è una colpa, e ad ogni istante è in mora di restituire, ma ancora se la cosa si fosse

distrutta presso il proprietario. Nè è cosa iniqua che il ladro, il quale arricchitosi a detrimento del proprietario, ha posto costui in repentaglio di non aver più la sua cosa, si esponga anche al rischio di perdere il valore, onde arricchirne il proprietario; nè potrebbe egli stesso pretendere d'esser parggiato, grazie al suo delitto, al debitore che per una clausola speciale si è gravato dei casi fortuiti (*ibid.*).

CXXV. — Ciò si applicherebbe del pari ad una cosa non determinata individualmente, non compresa in un numero o in una quantità determinata di cose che deperiscono o si perdono tutte; come se muojono tutti e quattro i cavalli bianchi di cui me ne dovevate uno, ovvero vi sia stato tolto per la costruzione di una strada quel campo, di cui dovevate darvi un ettare.

Fra questo caso e l'altro di una cosa determinata in *ipso individuo* havvi questa differenza, che il creditore in quest'ultimo, acquistando la proprietà fin dalla consegna, conforme il novello principio del Codice, deve egli sperimentare le azioni di ristoro, o le altre che ha potuto far nascere la perdita della cosa, mentrèchè nell'altro caso il debitore rimasto proprietario fino all'ultimo, deve egli esercitare le azioni, e non il creditore che solo lo può dopo la cessione, che colui deve fargliene (1).

Trattandosi poi in generale di cose indeterminate, cioè determinate solo pel genere a cui appartengono, non è possibile si estingua la obbligazione per la perdita della cosa: *genera non pereunt* (art. 1302, 1303 (1256, 1257)).

SEZIONE VII.

DELLO ANNULLAMENTO O RESCISIONE DELLE OBBLIGAZIONI.

CXXVI. — La settima ed ultima causa di estinzione che dobbiam qui spiegare, è lo annullamento della obbligazione. L'*annullamento* e non la *nullità*, poichè quest'ultima espressione, usata dalla legge, porge due idee ben diverse che non si vogliono confondere, l'una delle quali, che è appunto la più esatta, non può essere l'oggetto di questa sezione.

La nullità, propriamente detta, si applica ad una pretesa obbligazione, la cui legale esistenza non è reale, ma solo apparente; come pure ad una obbligazione che quantunque si ereda, e si pretenda che esista, in fatti non esiste, perchè una qualunque circostanza (p. e. la mancanza del consenso di una parte, o la mancanza di causa o di oggetto lecito) ne ha impedito la esistenza. Al contrario, la nullità impropriamente detta, o la semplice *annullabilità* si applica ad una obbligazione formatasi (benchè irregolarmente), che ha un'esistenza legale (ma viziosa) e che sussi-

ste e produce effetti, finchè una sentenza del giudice ad istanza della parte interessata non la faccia rescindere, annullare.

Or favellando qui di una delle cause, con cui si estinguono le obbligazioni, non possiamo certamente trattare della vera nullità, giacchè una obbligazione che non esiste, non potrebbe estinguersi; si può affermare e proclamare, che il niente è niente, ma non potrebbe *annullarsi* il niente; qui dunque si tratta delle obbligazioni viziose, ma che esistono (*Osservazioni preliminari dell'art. 1304 (1258)*).

CXXVII. — Secondo le spiegazioni già date nel capitolo I di questo sunto, le principali cause per cui si annullano le obbligazioni sono: 1° il consenso viziato in una delle parti mercè *il dolo* dell'altra parte, o mercè *l'errore* o *la violenza*; 2° l'*incapacità* dell'interdetto, che agisce per sè stesso, o della donna maritata, che contrae senza l'autorizzazione necessaria; 3° infine, la *lesione*, per il minore non

(1) I redattori per inavvertenza dettarono l'articolo 1303 (1257), la sua regola è vera la Pothier,

ma oggi dopo il principio nuovo dell'articolo 1138 (1092) essa è un controsenso.

emancipato, negli atti da lui consentiti in luogo del suo rappresentante; pel minore emancipato, negli atti in cui è intervenuto ed è mancata la necessaria assistenza del curatore; pel maggiore, quando in una divisione vien leso di più di un quarto, o in una vendita di un immobile di più di sette dodicesimi.

Così, come più sopra abbiain detto, la minore età non è un'incapacità, benché d'ordinario così inesattamente si dica, ma è soltanto una causa di rescissione per lesione: il minore, a differenza dello interdetto e della donna maritata, non è punto incapace di contrarre, nè può fare annullare se non provi un danno; e benché il minore presso noi non sia più il *minore dei Romani* (1), si potrà sempre dire: *Non tamquam minor, sed tamquam laesus, restituitur* (art. 1305 (1259)).

Cotesto dritto che ha il minore di fare annullare per una lesione giustificata (purchè questa risulti dall'atto stesso, e non sorge da un accidente posteriore) lo eserciterebbe quand' anche egli si fosse dato per maggiore, perchè il contraente non è scusabile di essersi rimesso ad una semplice dichiarazione (articolo 1306 e 1307 (1260 e 1261)).

CXXVIII. — Non sarà così, ove il minore abbia ingannato l'altra parte intorno alla sua età con pratiche di frode (*ibid.*); non può egli essere restituito se la obbligazione sorge dai suoi delitti o quasi-delitti (articolo 1310 (1264)).

Arroge, che non lo si può restituire come nè un maggiore: 1° negli atti regolarmente compiuti dal suo rappresentante legale, per importanti che fossero; 2° negli atti fatti da lui stesso nello esercizio del commercio cui era autorizzato; e 3° nelle obbligazioni che contrae nel contratto di matrimonio assistito da quelli il cui consenso è necessario per maritarsi. — In questi tre casi svanisce la minor età, e l'atto si reputa come fatto da un maggiore (art. 1308, 1309, 1314 (1262, 1263, 1268)).

Del resto, per potersi pronunziare lo an-

nullamento nei casi indicati nel numero precedente, è necessario: 1° che si domandi da quello dei contraenti il cui consenso è stato viziato, o che era incapace, o che era stato leso (non potendosi far mai dagli altri); 2° che si domandi prima di ogni ratifica e prima che spiri il termine richiesto dalla legge.

CXXIX. — *Della ratifica.* — Ratificare o confermare un'obbligazione vale, toglierle il vizio col rinunziare alla causa di annullamento che si avrebbe potuto mettere innanzi contro di essa. È dunque impossibile la ratifica per un'obbligazione propriamente nulla: si potrà formarne una nuova ed efficace e sostituirla alla apparente, ma questa non si potrebbe far valida, il niente non può esser nè confermato nè distrutto: *Quod nullum est confirmari nequit.* Questo vero non riconosciuto da parecchi commentatori (e che specialmente si applica alle obbligazioni fondate su d'una causa illecita), è stato nitidamente posto innanzi dai compilatori del Codice, e dalla giurisprudenza consacrato (art. 1304, 1338 (1258, 1292)).

La ratifica è espressa o tacita, o risulti da una formale dichiarazione del debitore, o da qualche circostanza che per sè sola manifesti la volontà che ha il debitore di confermare la sua obbligazione: l'adempimento dell'obbligazione è per sè stesso una circostanza chiarissima; però è mestieri che se ne conosca il vizio, e che si abbia la intenzione di ripararlo. Inoltre, espressa o tacita la ratifica, bisogna si faccia in un tempo e in circostanze in cui il debitore abbia potuto contrarre un'obbligazione pienamente valida; se no, la ratifica sarebbe invalida.

Mercè la ratifica si completa la volontà di uno dei contraenti, che si unisce alla volontà legale dell'altro; sicchè non è bisogno del di costui concorso: essa non è un atto punto convenzionale, e che può adempiersi soltanto dal debitore, il quale può impugnare la sua obbligazione (art. 1330 (1284)).

(1) In Roma si diveniva *minore*, cessato di es-

ser *pupillo*, mentre da noi il pupillo è minore.

CXXX. — L'effetto della ratifica risale al giorno della obbligazione, poichè questa era efficace, e poteva solo annullarsi per cagion del vizio che si estingue colla ratifica. Ma la legge vietò espressamente quest'effetto retroattivo, in riguardo dei dritti reali acquistati dai terzi nel frattempo dell'obbligazione, e della sua ratifica (art. 1338 (1292)).

Per la prova della ratifica si seguiranno le regole generali che spiegheremo nel capitolo seguente; salvo un caso in cui evvi maggior rigore (cioè, se deve provarsi per iscritto la ratifica di una obbligazione che può annullarsi) l'atto dovrà presentare la sostanza di essa obbligazione, la indicazione delle cause per cui lo si può fare annullare, e la dichiarazione formale del debitore di non volerlo fare valere. La ratifica dee farsi con piena conoscenza della causa; e ad evitare ogni dubbio la legge vuole che nell'atto si esprimano chiaramente tutte le circostanze (*ibid.*).

CXXXI. — Aggiungeremo qui, a compimento delle regole sulla ratifica, qualche osservazione sulla obbligazione naturale, quantunque non fosse proprio della nostra sezione, sendo questa obbligazione legalmente inesistente, e qui noi parliamo di quelle che esistono, ma che possono annullarsi.

Dal non potersi ratificare una obbligazione inesistente, non dee inferirsi che non avrà effetto la ratifica di una obbligazione naturale... Vedemmo nel num. XXXIX che la obbligazione naturale è quella che, rigettata prima dalla legge civile, vien poi da essa sanzionata, ove un fatto del debitore prori il valore reale della obbligazione, che si era creduta nulla; or come meglio la si potrebbe provare che colla ratifica del debitore? Senza dubbio, non potendosi validare una obbligazione, che legalmente esiste, la non si potrà confermare nel senso ordinario; però al postutto, le cause che confermerebbero la obbligazione che può annullarsi, renderanno validamente civile quella naturale (art. 1338 (1292)).

Parimente, in fine dello stesso numero abbiain visto, che se può aver luogo l'ob-

bligazione naturale nelle convenzioni cui la legge nega la efficacia civile, perchè erroneamente le riguarda come nulle agli occhi della coscienza, non sarà così di quelle positivamente vietate dalla legge. Ciò posto, siccome la legge (che in generale non favorisce le donazioni) proscrive severamente ogni attribuzione gratuita di beni, fatta contro le forme rigorose da essa indicate, ne segue che una donazione (sia tra vivi o per testamento) non fatta secondo le forme, è un atto proscritto dalla legge, e non potrebbe quindi essere una obbligazione naturale per il donante che vi ha contravvenuto. Per l'incontro, non potendosi incolpare gli eredi, l'atto potrà, secondo i casi, contener per questi una obbligazione naturale. — Da ciò conseguita che non si potrà mai ratificare dal donante, nè espressamente, nè tacitamente una donazione nulla per difetto di forme (potendo solo farne altra nuova secondo le regole); ma essa potrà per l'opposto divenire civilmente efficace, ratificandosi espressamente o tacitamente, morto il donante, dai di lui eredi (art. 1339, 1340 (1293, 1294)).

Ciò premesso, ritorniamo alla nostra materia.

CXXXII. — *Termine dell'azione di annullamento.* Il silenzio protratto di colui, che può fare annullare la sua obbligazione, è tenuto dalla legge come una tacita ratifica di essa; per altro la tranquillità pubblica, l'interesse sociale richiedono che si estingua dopo un tempo determinato, ogni azione che tenda a turbare un ordine stabilito di cose. L'azione di annullamento adunque va soggetta ad un termine, spirato il quale, essa pure si estingue. Questo termine, secondo i casi, sarà più o men lungo; come, di due anni pel maggiore che nella vendita di un immobile è stato lesa di più di sette dodicesimi (art. 1616 (1522)); ma in generale l'azione si prescrive in dieci anni, tranne che una regola speciale non determini un tempo minore, e specialmente nei tre casi più sopra indicati: 1° vizio di consenso; (per violenza, errore o dolo); 2° per incapacità (della

donna maritata o dello interdetto); e 3° per lesione di un minore che abbia agito irregolarmente (art. 1304 (1258)).

Nel primo caso, i dieci anni corrono dal giorno in cui cessa la violenza, o si scopre l'errore o il dolo; nel secondo, dal giorno in cui si scioglie il matrimonio, e si toglie la interdizione; e nel terzo, dal giorno della maggiore età.

La giurisprudenza, stante il silenzio della legge, ammette (ragionevolmente, giacchè i principi devono sempre applicarsi, tranne un'eccezione non li deroghi), che questa prescrizione, come tutte le altre, vada soggetta alle cause generali di sospensione-

ne, che altrove indicheremo (*ibid.*).

CXXXIII.—*Effetto dello annullamento.* L'annullamento pronunziato dal giudice annulla l'atto, e rimette quindi le cose allo stato in cui prima si trovavano. Lo annullamento adunque, in principio, obbliga le parti a restituirsì reciprocamente tutto ciò che han potuto ricevere in forza dell'atto annullato.

Ma si fa eccezione pei minori, gli interdetti e le donne maritate, che solo sono tenuti a restituire, in quanto provi lo avversario averne profittato (articolo 1312 (1266)).

CAPITOLO QUINTO

DELLA PROVA.

CXXXIV.—Pria di parlare dei differenti mezzi di prova autorizzati dal Codice, fermiamo un principio, spesso non ben compreso, e pure importantissimo; ed è, che ogni volta dee farsi una prova, cioè, che ciò che si allega vien controverso fra due parti, chi allega deve necessariamente farne la prova.

Spesso sentiamo a dire, che la prova incombe necessariamente all'attore e non al convenuto, cioè a chi afferma, non a chi nega, *probatio incumbit actori*;—*ei qui dicit, non ei qui negat*; ma tali massime, vere in certo senso, e poste in armonia col principio indicato, prese alla lettera son false. La massima *actori incumbit probatio* è vera, se per *actor* intendesi, non colui che sperimenta l'azione, ma la parte (attrice o convenuta) che allega contro l'altra qualche cosa; essa va applicata tanto al convenuto che procede (*agens*) a giustificare la sua difesa, quanto all'attore che vuole provare la sua domanda, e le si accoppia l'altra regola, *reus excipiendo fit actor*.—Così, se si vuol vera la seconda massima, bisogna intendere per *is qui dicit* qualunque attore che metta innanzi una proposizione (o affermando quel che pare non essere, o negando quel che sembra essere); per *is qui*

negat colui che (negando, o affermando) contraddice, nega questa proposizione nuoce non volendo altro che respingerla onde mantenersi nello *statu quo*. In una parola è d'uopo ciò che si allega e che tende a modificare lo stato presente delle cose sia provato da colui che lo mette innanzi, sia l'attore o il convenuto, affermando o negando (art. 1315 (1269)).

Allorquando la scrittura che raccerta l'obbligazione d'un individuo, non ne indica la causa: colui che si è tenuto obbligato, e che pretende poi non esserlo, sostenendo che l'apparente sua obbligazione non esista per mancanza di causa, deve provare che la causa non esista; ma non già che essa esista dovrà provarsi da colui che secondo l'atto è creditore.

In tal modo, e con ragione, è deciso dalla giurisprudenza; dappoichè chiedendo la esecuzione di un' obbligazione che la scritta del mio avversario dichiara esistente, io non fo che seguire l'ordine naturale delle cose, mentre l'avversario vuole distruggere ciò che esiste, sostenendo di non essere obbligato, quantunque tale siasi detto, e di doversi lacerare l'atto da lui firmato (*ibid.*).

CXXXV.—I cinque mezzi di prova indicati dal Codice: la Scrittura, la Prova

testimoniale, la Presunzione, la Confessione e il Giuramento, ci fan dividere la materia in cinque sezioni (articolo 1316, (1270)). Senonchè tal divisione, perquanto esatta e naturale si offra quanto alle parole, è inesattissima ove si riguardino la cose. Così, la Presunzione si suddivide in tre, ed anche in quattro classi (*Presunzione di dritto assoluta di ordine pubblico. — Presunzione assoluta di interesse privato. — Presunzione di dritto semplice. — Presunzione di fatto*), le quali, benchè comprese in unica denominazione generica, pure producono effetti così differenti che entrano altri quattro mezzi di prova tra gli intervalli che dividono le quattro classi. Similmente le due branche del giuramento (*Giuramento decisorio, Giuramento suppletorio*) son così lungi dal somigliarsi, che l'uno presenta una prova invincibile ed affatto irrevocabile, l'altro prova fino a che non si dimostri il contrario, ed è il compimento d'una prova già iniziata, non potendo mai diventare da se sola elemento di decisione: il giuramento decisorio ed il suppletorio trovansi alle due estremità della scala delle prove.

I mezzi di prova indicati in modo completo e posti secondo la maggiore o mi-

nore energia, presentano le dieci seguenti classi:

1° Il Giuramento decisorio (*che non ammette mai la prova contraria*); — 2° La Presunzione di dritto assoluta d'ordine pubblico (*idem*); — 3° La confessione giudiziaria (*che ammette la prova in un sol caso*); — 4° Le altre presunzioni assolute (*che l'ammettono in più casi*); — 5° La Presunzione di dritto semplice (*che l'ammette sempre*); — 6° La prova letterale (*idem*); — 7° La Confessione stragiudiziale (*idem*); — 8. La Prova testimoniale (*idem, altronde permessa solo in taluni casi*); — 9° La Presunzione di fatto (*idem, idem*); — 10° In ultimo, il Giuramento suppletorio (*che non è mai una prova, ma solo il compimento d'una prova già cominciata*).

La divisione delle prove in cinque parti, tal quale è presentata dal Codice, non è niente logica; pure la seguiremo premesso quelle osservazioni senza di cui sarebbe pericoloso il tenervi dietro onde non correre il rischio di render molto più difficile l'intelligenza della materia; daremo maggiore sviluppo alla fine del capitolo intorno alle idee da noi indicate, e che non si debbono mai dimenticare.

SEZIONE PRIMA.

DELLA PROVA LETTERALE.

CXXXVI.—La prova letterale o per iscritto è quella che risulta o dalla scrittura propriamente detta, o dalle *taglie* che formano pure una specie di scrittura. Tratteremo: 1° dell'atto autentico e delle con-

troscritture con le quali si può modificarlo; 2° dell'atto privato; 3° delle taglie, 4° delle copie dei titoli; e 5° degli atti recognitivi.

§ 1. — Dell'atto autentico e delle controscritture.

CXXXVII.—*Dell'atto autentico.* Tutti gli atti in generale, emanati da pubblici ufficiali i quali agiscono nel regolare esercizio del loro ufficio, sono atti autentici; ma qui trattiamo dell'atto autentico con cui si accertano le convenzioni, cioè dell'atto notarile.

Perchè l'atto sia autentico vogliansi quat-

tro condizioni, cioè: 1° che chi riceve l'atto sia pubblico ufficiale; 2° che questi sia capace di stendere atti; 3° che sia competente, cioè che a lui spetti il far quell'atto, che egli lo riceva nel luogo in cui ha dritto di farlo, e che non riguardi le persone alle quali gli è proibito di prestare il suo ministero; 4° finalmente

che l'atto abbia le forme richieste dalla legge (art. 1317 (1271)).

CXXXVIII. — Quando l'atto si stende da un pubblico ufficiale, ma incompetente, incapace o senza le forme richieste, la legge in favore delle parti conferisce all'atto il valore di scrittura privata, purchè sia da loro firmata; così diventa un atto autentico irregolare, che vale solo come privata scrittura, ma non perciò è un atto privato; e quindi non gli si potrebbe applicare la formalità dei duplicati, nè l'altra del *bono o approvato* che più in là vedremo richieste per gli atti privati. Nè importerà se l'atto siasi fatto in brevetti quando doveva restarne la minuta; dacchè la mancanza di tal forma vien punita col ridursi l'atto ad una scrittura privata ove sia stato sottoscritto dalle parti. Ma sarebbe stata necessaria se ciascuna delle parti ovvero una di esse avesse dichiarato di non sapere o non potere sottoscrivere. Vuolsi solo la firma di quelle persone per le quali l'atto dee far pruova, non già delle altre che abbiano potuto figurare nell'atto (art. 1318 (1272)).

Se in una convenzione una parte abbia firmato e di altre parti cointeressate una o alcune soltanto avessero sottoscritto, sarebbe l'atto inefficace per tutti coloro che firmarono. Difatti costoro consentirono a condizione che si fossero obbligati gli altri che non firmarono; non seguita la condizione, il progetto non fu posto in esecuzione (*ibid.*).

CXXXIX. — Penetrando nello spirito della legge che dichiara validi come atti privati con le condizioni già dette gli atti autentici viziosi per incompetenza, incapacità, o per mancanza di forma, dovrebbe esser governato dalla nostra regola l'atto ricevuto da un notaro deposto o surrogato se le parti han potuto e dovuto credere ch'egli fosse sempre notaro, sebbene la deposizione e il surrogamento non sieno semplicemente casi d'incompetenza e d'incapacità (art. 1318 (1272)).

Viceversa, sebbene incompetente sia il notaro quando ha fatto un atto che da nessun notaro si poteva, l'atto sarebbe pure

MARCANÉ, Vol. III, p. I.

inefficace perchè la legge parla solo della incompetenza del notaro, che riceve un atto che avrebbe dovuto riceversi da un altro notaro. Finalmente, sebbene sia difetto di forma la mancanza della firma del notaro, certo è che un atto con tal vizio non potrebbe nemmeno valere come atto privato, perchè esso non era nemmeno in apparenza un atto autentico, e la legge ha dato la forza di atto privato a quello che le parti dovettero ritenere autentico (*ibid.*).

CXL. — L'atto autentico fa piena fede cioè completa pruova, e fino alla iscrizione in falso, delle convenzioni e dei fatti che esso raccerta, purchè le sieno cose che il notaro abbia potuto e dovuto accertare. È necessario prima, che abbia potuto accertarle ossia ne abbia acquistato la certezza *propriis sensibus*; non sarebbe necessaria la iscrizione in falso quando si pretendia soltanto che la dichiarazione fatta al notaro, e da lui comprovata è falsa, o che le convenzioni fermate innanzi a lui, e di cui egli fa menzione, sieno fraudolenti, dacchè non si dubiterebbe allora della veracità del notaro. Secondariamente, le cose devono esser tali ch'egli poteva comprovarle; quindi se un notaro avesse dichiarato sano di mente un tutore o un donante, non sarebbe necessaria la iscrizione in falso per provare che il disponente non aveva le sue piene facoltà; un notaro non deve accertare in modo autentico lo stato della salute delle persone (articolo 1319 (1273)).

CXLI. — L'atto autentico fino alla iscrizione in falso fa pruova assolutamente per tutti dei fatti e delle convenzioni che contiene, senza alcuna differenza tra i contraenti e i terzi, fra le *disposizioni* dell'atto e le sue *enunciazioni* (Vedi il seguente numero). Tutte le parti dell'atto autentico qualunque sieno, fan piena ed intera fede rispetto a tutti fino alla iscrizione in falso; ma se la fede dovuta agli atti è una per tutti, non è il medesimo lo *effetto* che tali atti partoriscono, cioè i dritti e le obbligazioni che faran nascere il fatto o le convenzioni comprovate. La legge nel dire che l'atto-autentico fa piena

fedè della convenzione che racchiude fra le parti contraenti, loro eredi od aventi-causa, parla dello effetto e non della fede dell'atto, applicando la regola *res inter alios acta, aliis nec nocet, nec prodest*. Difatti un atto nolarile come qualunque convenzione non può essere efficace che fra le parti o loro rappresentanti; ma la autenticità impressa all'atto è una tanto pei terzi che per le parti che vi hanno figurato. Il che si prova da ciò che la esecuzione dell'atto deve o può secondo i casi sospendersi con la procedura di falso. Contesta distinzione fra la fede dovuta all'atto e gli effetti di esso, fra la sua forza probante e la sua forza efficiente, era stata mirabilmente porta dal nostro celebre Dumoulin; Pothier che non l'ebbe compresa si servì del linguaggio inesatto che fu riprodotto dal Codice (art. 1319, 1320 (1273, 1274)).

CXLII. — In un atto si distinguono le *disposizioni* e le *enunciazioni*; le prime sono la parte che esprime il vero oggetto dell'atto, i suoi elementi essenziali; le seconde sono le indicazioni puramente accessorie. Queste ultime o hanno un rapporto diretto e prossimo con le disposizioni, ovvero avendone uno remoto sono realmente estranee allo scopo proposto. Le prime sono efficaci quanto le stesse disposizioni fra le parti e loro rappresentanti; le altre non sono che un principio di prova per iscritto. In vero le ultime enunciazioni non son tali da richiamare l'attenzione della parte interessata, come le altre che hanno un diretto rapporto con le disposizioni.

Ma le enunciazioni non producono alcuno effetto riguardo ai terzi. Il Codice non ha consacrato qui la antica giurisprudenza secondo la quale le enunciazioni degli atti autentici erano principio di prova contro i terzi; non si può nemmeno applicare l'antica massima già abbandonata da Pothier, e che era una frase senza senso: *In antiquis omnia praesumuntur solemniter acta* (art. 1320 (1274)).

CXLIII. — *Delle controscritture.* — Controscrittura *lato sensu* importa qualunque atto che ne modifica un altro; ma in un

senso più stretto vale un atto destinato a rimaner *segreto* e che modifica le disposizioni di un atto *ostensibile*. Di fronte a due contrarie condizioni in cui trovansi le parti, l'una vera, ma ignorata, falsa l'altra, ma nota, vien dichiarato dalla legge, che, riguardo ai terzi, l'apparenza la vincerà sulla realtà; ma che gli effetti dell'atto ostensibile potranno sempre essere allegati dai terzi, come non esistesse la controscrittura; e che questa (che sarà efficace fra le parti quando non vi sia interesse di terzi) non potrà esser loro giammai opposta (art. 1321 (1275)).

È necessario intendere qual significato abbia dato la legge alla parola terzo. Una regola speciale che dichiara la controscrittura inefficace per li *penitus extranei* sarebbe stata del tutto inutile, perchè gli stessi atti autentici non possono pregiudicarli. I terzi, cui accenna la legge, son quelli che debbonsi proteggere contro lo effetto delle controscritture, che sono appunto gli aventi-causa delle parti; non gli aventi-causa a titolo universale, tenuti a tutte le obbligazioni del loro autore, ma gli aventi-causa a titolo particolare, pei quali l'atto ostensibile era sì vero da doversi contare sopra. E se è così quando alla realtà si oppone una controscrittura; con più ragione dev'esserlo quando la realtà mascherata da un atto ostensibile risulterà dalla semplice corrispondenza delle parti ch'è più segreta di un atto (*ibid.*).

CXLIV. — La controscrittura non è sempre come non avvenuta riguardo ai terzi che sono gli aventi-causa delle parti; è inefficace se dovesse tornare in danno loro; se dovessero trarne vantaggio, potrebbero allegarla. Ma lo potrebbero, secondo il già detto, contro colui che si è obbligato con la controscrittura, o contro i successori a titolo universale, e non già contro i suoi aventi-causa a titolo particolare.

Il Codice Napoleone che pareggia tutte le controscritture, abrogò certamente l'articolo 40 della legge del 22 frimaio anno VII che dichiarava nulla qualunque controscrittura con cui si aumentava il prezzo

di una vendita indicato nell'atto ostensibile; ma ciò più chiaramente sorge dalla discussione del Consiglio di Stato.

Infine, sono diverse le controscritture dalle dichiarazioni avute per incarico di

acquistare, che non contengono alcuna segreta modificazione di un atto ostensibile; se per lo più è notarile l'atto modificato dalla controscrittura, potrebbe pure essere un atto privato (*ibid.*).

§ 2. — Delle scritture private.

Le scritture private sono per lo più atti con firma; ma ve ne hanno senza, a cui è dato dalla legge una certa forza probante; parleremo delle une e delle altre.

1. Degli atti con firma privata.

CXLV. — L'atto con firma privata, riconosciuto o tenuto per tale da colui cui si oppone, è tanto efficace quanto un atto autentico, per colui che lo ha sottoscritto e per i suoi eredi e aventi-causa. Esso ha pure la medesima forza probante anche riguardo ai terzi, salvo ciò che diremo per la data nel numero CL (art. 1322 (1276)).

L'atto con firma privata è efficace quando si riconosce provenire da colui cui si attribuisce; nè il preteso autore dell'atto può sospenderne l'effetto se non dichiara che la firma o il carattere non è suo; l'avente-causa può dire di non conoscere se il carattere o la firma sia di quello cui si attribuisce. Ove la firma o il carattere si negano ovvero si dichiara di non conoscerli, è ordinata la verifica; ma non è necessario, come un tempo, che colui che vuole servirsi dell'atto sotto firma privata, concluda prima per la ricognizione o per la verifica dato che non si riconosca; egli può citare direttamente per la esecuzione dell'atto, il convenuto poi risponderà col non riconoscere, e allora sorge il bisogno della verifica che si farà secondo le regole del Codice di procedura (art. 1323, 1324 (1277, 1278)).

CXLVI. — *Necessità dei duplicati.* — Il nostro Codice non riproduce la strana quanto immorale regola introdotta nel 1736 nella giurisprudenza del parlamento di Parigi, per cui tutte le convenzioni sinallagmatiche erano sempre nulle ove non si erano fatte in tanti originali, per quante le parti che vi avevano un interesse opposto, ognuno dei quali dovea far menzione

del loro numero. Anche ora è stabilito che gli atti privati i quali racchiudono convenzioni sinallagmatiche, sono validi se fatti in altrettanti originali, per quante sono le parti che hanno un distinto interesse, e se ognuna di esse faccia menzione del loro numero; se non che il nostro Codice non dichiara inefficace la convenzione per mancanza di duplicati o della menzione di essi, ma soltanto gli atti, le scritture che racchiudono la convenzione e dovevano comprovare.

Pertanto la mancanza dei duplicati o della loro menzione è oggi una questione di prova, senza di che la convenzione sarà sempre valida, ove possa giustificarsi, o con la confessione della parte, o esibendo gli stessi duplicati (ove manchi solo la menzione di essi) ovvero in altro modo (articolo 1325 (1279)).

CXLVII. — I duplicati devono essere tanti per quante le parti che hanno un distinto interesse, bastando un solo originale per quelle che vi abbiano il medesimo; cioè, gli originali devono esser tanti per quante sono le parti che nella convenzione hanno interessi opposti; basta un solo per tutte quelle che ne hanno uno eguale, e che tutte insieme, rispetto alla parte avversa, fanno ciò che farebbe una sola di esse (art. 1325 (1279)).

La regola dei duplicati si applica solo alle convenzioni sinallagmatiche, e non mai ad alcuno dei contratti unilaterali, nè ad una promessa unilaterale che non dà obbligo reciproco all'altra parte di concludere appresso un contratto sinallagmatico,

come ad una promessa unilaterale di comprare o di vendere. Simigliante promessa che non varrebbe una vendita, essendo unilaterale, non sarebbe meno obbligatoria per colui che l'avrebbe fatto, e ben si proverebbe con un atto semplice (*ibid.*).

CXLVIII. — *Necessità del buono o approvato.* — Savi provvedimenti furon dati onde impedire la frode nelle scritture contenenti una obbligazione unilaterale. La promessa unilaterale di pagare una determinata somma, o quantità di mercanzie può solo provarsi con l'atto presentato dal creditore se sia scritto tutto intero di mano del debitore, o per lo meno se contenga un *buono* o *approvato* che indichi in lettere e non in numeri la quantità della somma o delle cose. Se il corpo dell'atto è scritto tutto di carattere del debitore, dovrà anche necessariamente, per medesimezza di ragione, scriversi in lettere e non in numeri, la quantità della somma o delle cose. (art. 1326 (1280)).

La regola va applicata quando l'obbligazione è da sola una parte, fossero anche in più gli obbligati, i quali nella convenzione sono una sola parte; l'atto deve quindi contenere il *buono* di ciascuno se è scritto di carattere altrui, ovvero il *buono* dell'altro o degli altri debitori se è scritto da uno di loro. Essendo la convenzione unilaterale, la regola da seguire è quella del *buono* o *approvato*; ma potrebbe seguirsi questa o l'altra dei duplicati, se si tratta di un contratto sinallagmatico che da una parte si esegua immediatamente, rimandando poi obbligata solo l'altra parte (*ibid.*).

Cotesta regola si riferisce alla prova e non già alla validità della convenzione; la prova, ove pur manchi il *buono* o *approvato*, potrebbe farsi sempre contro colui che ha sottoscritto, con la sua confessione, col giuramento o in altro modo (*ibid.*).

CXLIX. — Alla regola già spiegata si fa eccezione per mercatanti, artigiani, agricoltori, vignajuoli, giornalieri e persone di servizio; poichè si sarebbe impedito con la regola il rapido andamento degli affari dei mercatanti, e si sarebbero costretti gli altri tutti a fare innanzi al notaro gli atti

di più lieve importanza (*ibid.*).

Se la somma indicata nel corpo dell'atto non risponda a quella espresso nel *buono*, si presume che l'obbligazione sia per la minore, fossero anche scritti di mano dell'obbligato e l'atto e il *buono*; ma contro tal presunzione potrebbe farsi la prova in contrario (art. 1327 (1281)).

CL. — *Della data.* — Essendo molto facile mettere una data antecedente in una scrittura privata, è stato dalla legge stabilito che questa fa fede della sua data rispetto alle terze persone dal giorno in cui è registrata, ovvero in cui è riportata la sua sostanza in un atto pubblico, ovvero dalla morte di uno di coloro che la sottoscrissero; ma per le parti e loro successori l'atto privato fa fede della sua data fino a quando non si provi di esser falsa. Quindi solo i terzi, non già le parti o loro eredi, possono opporre la mancanza del registro (ovvero di una delle due cose equivalenti).

Per terzi dee qui intendersi quelli che trattarono con la persona da cui l'atto deriva, cioè i suoi aventi-causa a titolo particolare; non già i *penitus extranei* per cui l'atto nessuno effetto può produrre nè in pro nè contro. La legge rende pienamente efficace l'atto privato tanto fra le parti, che fra tutti gli aventi-causa, il che non involve contraddizione, perchè colui che ha trattato con una persona (come il compratore) è il suo avente-causa per gli atti che precedettero la convenzione, e non per gli altri che la seguirono; quindi innanzi che io sia dichiarato rispetto a quell'atto avente-causa di colui con cui ho trattato, deve stabilirsi che l'atto ha realmente una data antecedente alla mia convenzione (articolo 1328 (1282)).

CLI. — Il registro, il riferirsi la sostanza dell'atto privato in un atto pubblico, sono indicati *limitatamente* come le circostanze che danno legalmente una data certa all'atto privato; si violerebbe la legge se negli altri casi in cui il giudice riconosce in fatto la impossibilità di una data antecedente, si volesse stabilire la certezza della data. Di ciò che è stato stanziato dalla giurisprudenza, non si può dubitare affatto di

fronte ai lavori preparatori del Codice.

Cotali formalità non si applicano alle semplici quietanze per le quali è bastata sempre la firma del creditore. La eccezione che nell'antica giurisprudenza si faceva per

tali atti, dee pur farsi oggi, mentre nei lavori preparatori non si accenna ad alcun mutamento intorno a ciò, il che avrebbe turbato le abitudini da secoli stabilite (*ibid.*).

2. Delle scritture efficaci senza firma.

CLII.—I registri dei mercatanti fan prova legale ed intera delle somministrazioni annotate, contro gli altri mercatanti ma non contro i non mercatanti; ma avverso di questi è un principio di prova per cui il giudice può deferire il giuramento suppletorio.

Pur nondimeno non si ammette la prova testimoniale per istabilire la verità della somministrazione annotata nel registro; tranne vi sia un *principio di prova per iscritto*, che può trovarsi nelle scritture di colui contro il quale è fatta la domanda (art. 1329 (1283)).

Ma se i registri di un mercante non fan prova contro i non mercanti, la fan chiara contro il mercatante; ma quei che vuol trarne proflitto, non può scinderne ciò che è contrario alla sua pretensione (art. 1330 (1284)).

CLIII.—Diversamente dai libri di commercio, i registri, le carte domestiche non fan fede in vantaggio di colui cui appartengono; ma bensì contro di lui nei due casi: 1° quando formalmente indicano un pagamento ricevuto; 2° quando indicano una obbligazione di colui che li tiene verso un terzo: nel qual caso la legge riconosce solo l'obbligazione, quando è detto espressamente che il notamento è stato scritto onde supplire alla mancanza del titolo del creditore.

Nel primo caso, cioè quando i registri indicano formalmente un pagamento ricevuto, la scritta *anche cancellata* sarebbe sempre efficace: benchè cancellata, la menzione del pagamento ricevuto, prova che questo è stato fatto: non si scrive nel registro che si è stato pagato tal giorno, con tal somma, da una tale persona, se il danaro non si è ricevuto. Nel secondo caso invece la scritta cancellata non avreb-

be efficacia alcuna, dappoichè la raschiatura fatta dal debitore fa credere ch'egli abbia cancellato il notamento, per essersi estinta la sua prima obbligazione.

Se i registri, le carte domestiche, fan prova contro il loro autore, non possono mai farne a suo vantaggio; sarebbe ben comodo il crearsi un titolo. Ma da ciò non s'inferisca che l'avversario dell'autore del registro domestico possa scegliere a suo piacimento nelle indicazioni relative ad un affare, prendendo le une e lasciando le altre. Egli deve prendere tali quali sono tutte le enunciazioni che formano un tutto indivisibile. Se gli son favorevoli, se ne gioverà; se no, le lascerà non potendo volgerle contro l'avversario (poichè il registro non fa prova in vantaggio del suo autore).

Se il padrone del registro nega di averlo, non vi sarà per lo più altro mezzo che il giuramento sulla sua esistenza. Se confessandone l'esistenza si limitasse a non volerlo presentare, un tal rifiuto sarebbe un principio di prova per cui si può deferire il giuramento suppletorio (art. 1331 (1285)).

CLIV.—L'annotazione che indica dei pagamenti fatti dal debitore, posta in seguito, in margine o in dorso, dell'atto semplice o del duplicato ch'è il titolo del creditore, prova perciò che sia fatta da quest'ultimo, sebbene non sottoscritta né data da lui, sia il titolo oppur no rimasto presso di lui. Se l'annotazione è sopra una precedente quietanza, ovvero sopra il duplicato del debitore, fa prova, con queste due condizioni: 1° che quella sia del creditore; e 2° che non sia presso di lui. La differenza fra i due casi è questa; nel primo, la annotazione sarebbe sempre efficace sebbene cancellata, bastando a liberare il debitore, che il creditore in qualsiasi momento lo abbia detto liberato; nel secon-

do, le raschiature la renderebbero inefficace, perchè si suppone essere stata fatta nella speranza di un pagamento che non ebbe effetto.

Le annotazioni, che aggiunte sul titolo di un credito indicassero un novello credito, senza che vi sia apposta altra firma,

possono far prova se intimamente si riferiscono con l'atto, per modo che il tutto possa riguardarsi come unico atto a cui è apposta la firma; altrimenti possono essere un principio di prova per iscritto (articolo 1332 (1286)).

§ 3. — *Delle taglie.*

CLV. — Il mezzo di prova che dicesi *taglie*, usato specialmente dai fornai, è una sorta di pruova scritta, e quindi ha la sua forza anche oltre alla somma in là della quale non è permissa la pruova per testimoni. Quando il riscontro concorda con la taglia, questa fa fede della quantità delle mercanzie che si è così provata. Se il riscontro offriva minori segni della taglia, la somministrazione sarebbe provata fino alla concorrenza dei segni comuni alle due metà, rimanendo gli altri come se non fossero; viceversa se il riscontro ne contenesse di più della taglia.

La taglia presentata dal somministratore sarebbe senza alcuna forza probante, se il consumatore pretendesse di non esservi stato

mai riscontro, e di non essergli stato nulla somministrato, ovvero di aver pagato in contanti le somministrazioni. Invero una taglia senza riscontro merita minor confidenza dei registri regolarmente tenuti; non può quindi il giudice tacendone la legge deferire per essa come pei registri, il giuramento suppletorio. Se di un riscontro che non si esibisce fosse provata o confessata la esistenza, la taglia dovrebbe far fede (tranne non si provasse la frode del somministratore); e perchè allora il consumatore sarebbe in colpa di non avere, appena perduto il riscontro, ultimato il conto col somministratore, e ricominciato poi una nuova taglia (art. 1333 (1287)).

§ 4. — *Delle copie dei titoli.*

CLVI. — La copia d'un titolo ossia di un atto autentico, nulla è per se, ripetendo la sua forza probante dal medesimo originale; il quale può quindi volersi sempre esibito, finchè esista. Se esiste, ed una parte lo vuole esibito, la copia nulla prova, nè fa mestieri allegare contro di essa alcun motivo speciale di sospetto; tranne non sieno estratti di atti dello stato civile (art. 1334 (1288)).

Quando l'originale si è perduto, il che sarà giustificato dall'attore (provando di non trovarsi nel deposito in cui dovrebbe essere, e di nulla sapersi della sua esistenza), la copia cavata da un pubblico ufficiale, avrà, secondo i casi, una maggiore o minore efficacia.

Essa fa piena fede, come lo stesso originale, nei tre seguenti casi: 1° quando essa è di prima spedizione, il breve inter-

vallo che separa la redazione della minuta dal rilascio della prima spedizione essendo garanzia sufficiente della loro conformità; — 2° quando la copia è stata cavata dalla minuta dall'ufficiale depositario per ordine del magistrato, presenti o chiamate le parti; o quando lo è stata anche senza ordine del magistrato alla presenza dei vari interessati e col loro consenso; — 3° quando la copia è stata tratta dall'originale, non nelle circostanze sopraindicate, ma sempre dall'ufficiale presso cui legalmente quello era depositato, e la data della copia rimonta ad oltre un trentennio, perchè non vi si pensa tanto tempo prima a formare un titolo falso (art. 1335 (1289)).

CLVII. — Tranne i detti tre casi, qualunque copia cavata dalla minuta può servir solo per principio di prova per iscritto.

La quale seconda regola comprende in prima le copie rilasciate da un pubblico ufficiale che non era il depositario legale della minuta, qual che si fosse la loro età; secondariamente, qualunque copia, che non essendo la prima spedizione, nè fatta per ordine del magistrato, e chiamate le parti o alla loro presenza, fosse stata estratta dal depositario legale innanzi trent'anni.

Le copie di copie possono soltanto, secondo le circostanze, riguardarsi come semplici indizi per cui il giudice potrebbe deferire il giuramento suppletorio, se a lui sembrasse abbastanza grave la presunzione che risulta dalla copia prodotta (*ibid.*).

CLVIII. — La legge derogando al principio generale, che è principio di prova per iscritto l'atto che emani dall'avversario, o almeno le copie originali, e non le copie di copie, ritiene come principio di prova per iscritto la trascrizione sul re-

gistro del conservatore delle ipoteche; purchè però: 1° sia certo che tutte le minute del notaro dell'anno in cui l'atto appare fatto, siensi perdute ovvero sia provato che la minuta di quell'atto siasi perduta per mero accidente; 2° che dal repertorio regolare del notaro si comprovi che l'atto sia stato fatto con la medesima data. Oltre a ciò, nei casi in cui è ammessa la prova testimoniale, si udiranno sempre i testimoni della prova se sieno tuttavia viventi (articolo 1336 (1290)).

Il semplice registro non sarebbe così efficace con la trascrizione; si fa per questa una eccezione, e tacendone la legge, la non si può estendere. Altronde il registro ha una minore efficacia della trascrizione che è la riproduzione intera dell'atto, mentre esso non ne porge che una sommaria menzione (*ibid.*).

§ 5. — Degli atti di ricognizione.

CLIX. — Dicesi *atto di ricognizione* quello che riferendosi ad uno più antico prova che si vogliono mantenere i dritti comprovati dal primo, che rispetto all'altro dicesi *primordiale*.

Siccome l'atto di ricognizione mira a mantenere lo stato anteriore delle cose e non a crearne uno nuovo, è ben logico il Codice nel dichiarare che ciò che nel titolo nuovo fosse diverso dall'atto primordiale che pur si esibisce, sarebbe inefficace. Ma non è ugualmente giusto nel dichiarare che nulla provi l'atto di ricognizione che non riproduce il tenore dell'atto originario, che quindi il creditore che non potrebbe riportare questo titolo immaginario, sia nell'impossibilità di provare il suo dritto; la quale disposizione deriva da un errore materiale di Pothier, che diede come professata da Dumoulin una idea tanto contraria alla dottrina di quel grande giureconsulto, quanto alla stessa ragione.

I nostri compilatori spinsero più in là la strana dottrina di Pothier (che ritenevano anche abbracciata da Dumoulin); Po-

thier almeno dava forza probante ad un atto di ricognizione antico, accompagnato o dal possesso o da uno o più altri atti conformi di ricognizione; il Codice dà forza probante solamente all'atto antico accompagnato insieme e dal possesso e da un altro atto conforme (art. 1337 (1291)).

CLX. — Ma tali regole, per quanto sieno poche logiche, debbonsi rispettare; *dura lex, sed lex*. Nè si può distinguere se la ricognizione si opponga allo stesso debitore, ovvero ai suoi creditori, e pretendere che solo nell'ultimo caso debba riferirsi il tenore dell'atto primordiale. Si direbbe anche invano che basti la sommaria menzione dell'atto primordiale; sorge dal testo medesimo della legge e dal raffronto delle regole del Codice con quelle di Pothier (rese assai più dure) che vuolsi positivamente la inserzione *ad longum* di tutto il tenore del titolo, *inserto toto tenore tituli*. La ricognizione di un debito, già comprovato da un atto, farà fede soltanto in due casi: 1° quando contiene la copia intera; 2° quando abbia la data di oltre

trent'anni e sia avvalorato dal possesso e da uno o più altri atti di ricognizione conformi a quello (*ibid.*).

L'atto primordiale la vincerebbe sempre sull'atto o gli atti di ricognizione per ciò che in essi si trovasse diverso *in più*; l'atto primitivo, per ciò che in essi si trovasse in meno potrebbe essere inefficace, se vi fosse prescrizione.—Si osservi pure che le sopra riferite regole riguardano e-

clusivamente gli atti veri di ricognizione, non già quelli che benchè così si sono chiamati, si riconoscono fatti per innovare qualche cosa. — Da ultimo colesti regole, che fanno una eccezione poco logica e poco equa, dovranno solo applicarsi nei casi esplicitamente preveduti cioè pei dritti puramente personali e non per li reali; idea che sembra anche sorgere dalle disposizioni del titolo delle *Servitù* (*ibid.*).

SEZIONE II.

DELLA PRUOVA TESTIMONIALE

CLXI. — Il timore che si subornino i testimoni ed anche il desiderio che non si moltiplichino le liti, sono i due motivi pei quali, tranne poche eccezioni, è vietata la

pruova testimoniale. Studieremo il divieto in un primo paragrafo, nel secondo le sue eccezioni (*Osservazioni preliminari dell'articolo 1341 (1295)*).

§ 1. — Divieto della pruova testimoniale.

CLXII. — Il Codice stabilisce due principi; essi sono: 1° che non può mai provarsi per testimoni qualunque fatto il cui interesse pecuniario è più di 150 franchi; 2° che è similmente vietata la pruova testimoniale per un fatto il cui interesse è minore di 150 fr., ove si debba provare o contra od oltre ciò che è stato detto in una scrittura. Poichè un fatto è stato comprovato da una scrittura, solo con un'altra si possono modificare le menzioni della prima.

Ma non per questo è interdetta la pruova per interpretar l'atto; non si modifica una clausola quando si voglia conoscerne il costruito e la estensione; nè sarebbe vietata la pruova testimoniale per qualunque fatto che intimamente si riferisca a quello comprovato dalla scrittura ed esercita su di esso una maggiore o minore influenza. Da una scritta sorge che mi avete prestato 100 fr., posso provare con testimoni di averveli restituito; il pagamento che allego non contraddice in nessun modo la scrittura; non è ammessa la pruova testimoniale quando si vuol restringere, ampliare, o in altro modo modificare lo stato delle cose comprovato dalla scrittura. Difatti, se il fatto

allegato avesse soltanto mutato lo stato delle cose, non si può credere che sia ciò avvenuto senza modificare la scrittura che ne faceva la pruova; ma se il preteso fatto avesse distrutto il precedente stato di cose, non si vuol più provare che la scrittura siasi fatta in modo inesatto ed incompleto, ma invece una cosa assolutamente nuova, per cui le parti potevano stendere un'altra scrittura o contentarsi della pruova testimoniale, essendo l'interesse minore di 150 fr. (art. 1344 (1295)).

CLXIII. — La legge nel vietare la pruova testimoniale è tanto severa, che richiede lo interesse sia maggiore di 150 franchi non fin dal suo principio, ma al tempo della domanda. Per grazia di esempio, non può ammettersi la pruova testimoniale per un capitale minore di 150 fr. se per gl'interessi corsi al tempo della domanda la somma dovuta ascenda a quel valore. Invero temendo la legge che si subornino i testimoni per un interesse maggiore di 150 fr. non può farsi la pruova testimoniale per un interesse di tal fatta; il creditore doveva fornirsi di una scrittura quando il suo credito ammontava a quella somma (articolo 1342 (1296)).

Per medesimezza di ragione non è ammessa la pruova testimoniale se la domanda abbracci più oggetti che riuniti ammontino a 150 fr., benchè nati in vari tempi e per diverse cause. Non così quando i crediti nati in favore di diverse persone, per successione o per altro modo, si fossero cumulati in una sola. Allora il creditore non ha potuto procurarsi una pruova scritta quando i crediti riuniti superarono i 150 franchi. — Tranne quest' unica eccezione, la regola varrebbe pei crediti che nati successivamente in una medesima persona si dividessero poi fra i di costui eredi, od anche fossero legati o altrimenti trasmessi da lei ad altre persone, ognuna delle quali riceverebbe uno dei crediti. Da una parte un credito perchè ceduto da una persona ad un'altra non può acquistare maggiore energia e favore; il cessionario non può aver un dritto maggiore del cedente; d'altra mano, non sarebbersi ciò potuto permettere senza scrollare tutto il sistema della legge. Se colui che ha un credito gran fatto maggiore di 150 fr. potesse dai testimoni procacciati far dire che esso è stato formato da parecchi piccoli crediti, potrebbe anche facilmente domandarsi il credito in frazioni per mezzo di più cessionari, ciascuno dei quali coi testimoni procacciati farebbe dichiarare che il suo piccolo credito 'è distinto dagli altri. — Dunque solo quando i crediti minori di 150 franchi appartenenti a diverse persone, si riuniscono poi in una sola, non regge più la nostra regola; tranne questo caso, non può mai farsi la pruova testimoniale (anche come vedremo nel seguente numero, non ostante ogni posteriore divisione) quando i crediti riuniti oltrepassino i 150 fr. (articolo 1345 (1299)).

E per potersi meglio eseguire la regola (come anche per restringere tanto che si può il numero de' lievi litigi), tutte le domande non giustificate con iscrittura debbono farsi insieme e con una sola istanza, ingiungendosi al giudice di dichiarare inammissibili quelle che potrebbero presentarsi più tardi. La qual regola rigorosa si applica non solo se lo interesse delle varie do-

mande riunite ecceda i 150 franchi ma anche quando sia minore; la legge non vuol solo si respingano dei testimoni della fede di cui dubita, ma bensì che gli affari più prontamente si smaltiscano riunendosi in un solo molti procedimenti. E anche per ciò la regola è d'applicarsi quando la pruova testimoniale è assolutamente permessa, cioè per li crediti pei quali evvi un principio di pruova per iscritto, o che provengano da varie persone o si trovino per tutt'altro motivo esclusi dal divieto della pruova testimoniale (N. CLXY): è d'uopo riunire, assolutamente e senza distinzione alcuna, in una sola citazione tutte le domande che non sono tali da provarsi interamente per iscritto. Abbenchè ci abbiano insegnato il contrario, è molto logico che la regola non si applichi nè si possa applicare ai dritti sorti dopo introdotta l'azione: non poteva richiedersi dalla legge che metteste fra le vostre domande quella di un dritto che non avevate. Essa non è nemmeno d'applicarsi ai dritti che già esistenti non potevano ancora pretendersi. Avrebbe potuto estendersi fino a questi; avrebbe potuto richiedersi alla legge che nella domanda degli altri dritti avreste curato non di *domandare* (era ciò impossibile), ma di *cennare* i dritti che non potevano ancora pretendersi: ma per avventura non lo ha fatto, ed essendo la disposizione di rigore, non si può andare più in là da essa (articolo 1346 (1300)).

CLXIV. — La pruova testimoniale, come abbiamo veduto, è proibita quando il dritto minore in origine di 150 fr., trovasi poi superiore a tal somma; e reciprocamente quando l'interesse minore di presente di 150 fr. li eccedeva da principio.

Chi in pria domandasse più di 150 fr. non potrebbe essere ammesso alla pruova testimoniale restringendo alla somma suddetta la sua domanda; se non quando la prima cifra sia stata posta per errore, ed il dritto fosse realmente minore di 150 fr. (art. 1343 (1297)).

Il divieto si applicherebbe anche quando si fossero domandati 150 fr. o meno, ove si provasse che il dritto era realmente su-

periore a tal cifra, ed anche quando la somma richiesta nei limiti legali fosse residuo di una somma maggiore. In tutte queste ipotesi il chiedente era fin da principio nell'obbligo di provare il suo dritto con iscrit-

tura. Egli ha contravvenuto alla legge, e ne sarà punito non ostante le diminuzioni che ha potuto avere il suo dritto, o che gli piacerebbe imporsi (art. 1344 (1298)).

§ 2. — Eccezioni al divieto.

CLXV. — Nei quattro casi seguenti si permette far uso della prova testimoniale, abbenchè si trattasse di un interesse maggiore di 150 fr., o si allegasse cosa per contraddire o ampliare le menzioni di una scrittura.

1° Quando esiste un principio di prova per iscritto.

Il Codice riconosce soltanto un principio di prova per iscritto, nella scrittura di colui al quale si oppone (salvo la eccezione reunita al n. CLVIII) che rende verosimile il fatto allegato. Bisogna in pria che la scritta si parta dall'avversario. Non sarebbero principio di prova per iscritto in vantaggio del preteso creditore le quietanze da lui fatte; nè l'atto privato che si nega o non si riconosce, fino a quando non sarà fatta la verifica la quale farà conoscere se l'atto sia o no di lui. Una scritta può venire da un individuo senza esser da lui firmata (come si è visto più sopra pei registri e le carte domestiche) o senza essere scritta di suo pugno (perchè seguita dalla firma con la quale ei se l'ha appropriata) o anche senza esser fatta nè firmata da lui (perchè l'atto è steso da un pubblico ufficiale che ha obbligo di accertare le dichiarazioni dell'individuo). Bisogna poi che la scrittura renda verosimile ciò che si allega. La qual cosa valuteranno i magistrati (articolo 1347 (1301)).

CLXVI. — 2° Quando è stato impossibile all'attore procurarsi una prova scritta; tale eccezione applicasi dalla legge alle obbligazioni nate dai quasi-contratti, delitti o quasi-delitti; ma non tutte le obbligazioni provenienti da una di queste tre cause possono sempre provarsi con testimoni. La regola, che poi non bisogna estendere nè restringere, si è che vi sia stata impossibilità di procurarsi lo scritto. In tal modo,

quei che vuole provare la dazione di una somma indovuta maggiore di 150 fr., non potrà ripeterla che mercè una scrittura (benchè si trattasse di un quasi-contratto) avendo potuto ritirarsi facilmente la quietanza della somma che ei dava.

L'eccezione si applica anche ai depositi necessari, cioè a quelli a cui si è costretto sia per una necessità fisica (un incendio, un naufragio, una inondazione o altro accidente) sia per altra morale (come se dei viaggiatori si fermassero in una osteria). Si applica pure a tutti i casi, qualunque si siano, in cui è stato impossibile il fare una scritta; a mo' di esempio, io potrò provare con testimoni l'errore, la violenza o il dolo che pretendo avermi deciso a fare la tal convenzione, il tal atto o il tal fatto; perchè non ho potuto farmi dare una prova scritta, sia del dolo usato contro di me, o della violenza di cui era vittima, o dell'errore in cui era. Ma non potrebbe provare in tal modo il contratto, nè altro fatto attribuito all'errore, al dolo o alla violenza, e che l'avversario sostiene non esistito, non essendo stato impossibile il provare tal contratto per mezzo di scrittura. Così, nel mentre la prova testimoniale della simulazione di un atto, può farsi dal terzo a cui reca danno, perchè gli è stato impossibile l'aversi una prova scritta, essa non potrebbe farsi in generale da colui che fu parte nell'atto, e uno degli autori della simulazione, essendogli facile di farla provare per iscritto. Ma la prova testimoniale sarebbe ancora permessa alla parte, se la simulazione coprisse una frode fatta alla legge, cioè se essa nascondesse un atto proibito perchè contrario all'ordine pubblico. Colui in fatti che costretto dalla sua condizione acconsente in faccia ad altri ad un tal atto,

non può chiedere a questo di provare la verità e quindi è in certo modo nell'impossibilità morale di procurarsi una prova scritta (art. 1348 (1302)).

CLXVII. — 3° Quando è stato impossibile all'attore di conservarsi lo scritto procuratosi. L'attore deve provare con testimoni tre cose: 1° Di aver posseduto un titolo che giustificava il suo dritto; 2° di essere stato vittima di un avvenimento di forza maggiore; 3° che per ciò gli è stato tolto il titolo. Per l'indole stessa delle cose non si userà rigore per la prova di quest'ultimo, ma non così pel secondo; l'avvenimento di forza maggiore di cui dicesi essere stato vittima, dovrà provarsi in modo preciso e da non lasciare dubbio alcuno, perchè da esso sorge l'eccezione. Quanto al primo punto, che è l'antecedente esistenza del titolo, in generale non è necessario che i testimoni che depongono abbiano letto l'atto, e ne rapportino il contenuto: basta nei casi ordinari che risulti dalle deposizioni che uno scritto che prova la tale convenzione, o tal altro fatto, sia stato con certezza disteso. Non potrebbe pretendersi che si riferisse il tenore della scrittura, se non quando l'atto abbisogna di certe formalità; i testimoni dovrebbero allora affermare lo adempimento di tali formalità, e la riunione delle varie condizioni volute perchè sia valido. Per provare l'uno di questi tre punti, non si può pretendere *uno scritto* che faccia prova o principio di prova. Una tale idea (ammessa pur nondimeno da una decisione di cassazione) mostrerebbe che colui che fa una convenzione il cui oggetto sorpassa i 150 fr. dovrà *redigere in pria*

una scritta, a fin di provare la convenzione, redigerne di poi *una seconda* per provare l'esistenza del primo, nel caso in cui questo si smarrisca... (articolo 1348 (1302)).

CLXVIII. — 4° Trattandosi di materie commerciali.

Vero si è che se quest'ultima eccezione ammettesi senza dubbio per ciò che riguarda la proibizione della prova testimoniale oltre i 150 fr.; ma è controverso se questa esista ugualmente quanto al principio che proibisce la prova testimoniale oltre o contro il contenuto di una scrittura. Ma che sia di sì sorge abbastanza dai testi del Codice Napoleone, da quei del Codice di commercio, dai lavori preparatori e dagli usi della nostra antica giurisprudenza. Con ragione adunque il più degli scrittori, e la Corte di cassazione han seguita cotesta dottrina.

Queste quattro eccezioni sono le sole ammesse dalla legge, e quella che si vorrebbe fare risultare dal consenso dato nell'udire i testimoni da colui contro il quale si prova, condannata dal silenzio del Codice (perchè eccezione) lo è pure dallo spirito e dal testo della legge. Lo è dal suo spirito, perchè trattasi di una proibizione (almeno per ciò che riguarda il non moltiplicarsi le liti) nello scopo del pubblico interesse, e che d'altronde non si può derogare per contrazione al testo, dappoichè il principio non è scritto come una facoltà riservata allo avversario dell'attore, bensì come una proibizione diretta al magistrato di ammettere la prova testimoniale fuori dei casi indicati (art. 1348 (1302)).

SEZIONE III.

DELLE PRESUNZIONI.

CLXIX. — La presunzione è congetturale conseguenza, tratta da un fatto noto ad uno ignoto che si cava dal magistrato o dalla legge stessa; in quest'ultimo caso, quantunque sia sempre una congettura, che può esser contrario alla realtà delle cose, essa ha giuridicamente una forza probante

molto energica.

Le presunzioni dedotte dal giudice diconsi *presunzioni di fatto o dell'uomo*. Quelle poste dallo stesso legislatore chiamansi *presunzioni legali o di dritto*, e si suddividono in *assolute e semplici*; le prime chiamansi spesso *presunzioni juris*

et de jure, le altre *juris tantum*.

Ci occuperemo nei tre paragrafi: 1° delle Presunzioni di dritto assolute; 2° delle Pre-

sunzioni di dritto semplici; 3° delle Presunzioni di fatto.

§ 1. — Delle presunzioni di dritto assolute.

CLXX. — La presunzione legale assoluta è quella sul fondamento di cui la legge pronuncia la nullità di un atto, o accorda una eccezione perentoria contra la domanda giudiziale. La prova giuridica che risulta da tali presunzioni è generalmente invincibile, nè può essere distrutta da contraria prova; tranne per una eccezione.

Allorchè la legge dichiara un atto nullo perchè secondo la natura di esso lo crede fatto in frode delle sue disposizioni, non si può provare che quella supposizione sia falsa nella specie, e che l'atto non è fraudolento. Così anche la prova della inesattezza della presunzione non è possibile, quando la legge in conseguenza di questa rifiuta l'azione in giudizio, cioè permette all'avversario di respingere la domanda con un mezzo d'inautmissibilità fondato sulla presunzione (art. 1352 (1306)).

Ma se la presunzione assoluta non può in principio esser combattuta nel senso che non è permesso di provarne la sua inesattezza, si potrebbe invece provare che la presunzione non esista nella specie, e che l'attore non sia nel caso per cui essa è fatta.

È di tale evidenza questa idea, così indicata dal buon senso, che non comprendesi il come sia stata negata. Non ispetta a colui a cui opponesi questa presunzione il provare che non esista in vantaggio del suo avversario; bensì a colui che la chiede il provarne la esistenza, o che egli trovasi nelle condizioni nelle quali è ammessa dalla legge (*ibid.*).

Dell'autorità della cosa giudicata.

CLXXII. — Uno dei fondamenti dell'ordine sociale è la regola legale per la quale si presume vera la cosa giudicata, quantunque evidente sia in realtà l'errore del giudice; *res judicata pro veritate habetur*.

CLXXI. — La presunzione legale assoluta, inespugnabile in principio, provato che esista, può per eccezione esser combattuta e mostrata falsa in certi casi particolari in cui una disposizione formale della legge accorda la prova contraria. Gli è in tal modo che la presunzione della paternità del marito può esser combattuta da costui, quando ci trovasi nelle speciali condizioni dalla legge indicate.

Fuori dei casi in cui la prova contraria è formalmente autorizzata dalla legge, la presunzione assoluta può esser solo distrutta dalla confessione contraria di colui che la chiedeva, o dal giuramento decisorio (confessione e giuramento di cui parleremo di poi) purchè si trattasse di una presunzione stabilita soltanto nel privato interesse della parte, e non nello scopo dell'ordine pubblico (art. 1352 (1306)).

Le presunzioni legali assolute possono, per la loro maggior forza probante, dividersi in tre classi: quelle contro cui da un testo speciale è riservata la prova contraria in alcuni casi; quelle contro cui non è fatta tal riserva, ma che riguardando lo interesse privato della parte, possono esser anco combattute dalla confessione o dal giuramento decisorio; in fine quelle che stabilite per un interesse generale restano del tutto invincibili: fra le quali ultime è la presunzione di verità attaccata dalla legge alle decisioni giudiziarie, detta *autorità della cosa giudicata*, e sarà oggetto di particolari spiegazioni.

Il conoscere quando vi è *res judicata* è cosa molto semplice in vero, ma è stata oggetto di controversia. La cosa giudicata esiste secondo la ragione, non che i testi e l'autorità di Pothier, quando è stata pro-

nunziata una sentenza, quando è stato deciso in giudizio un punto litigioso; spesso sarà possibile, e delle volte anche facilissimo che si annulli la sentenza, e se ne faccia fare una diversa. Le sentenze possono impugnarsi ora con mezzi che diconsi *ordinari* (l'opposizione e l'appello) i quali appena intentati, e innanzi che si fosse deciso, tornano in quistione le cose, ora con mezzi *straordinari* (come il ricorso) i quali fan rimanere efficace la sentenza fino a che l'autorità competente non la ritratti. Ma se una sentenza può alle volte esser cassata, e con maggiore o minor facilità, si debbono distinguere tre specie di sentenze (quelle che si possono impugnare anche con un mezzo ordinario; quelle che lo possono solo essere con un mezzo straordinario, e quelle infine che non si possono affatto impugnare) sarà sempre vero che la proposizione del magistrato è *res judicata* e deve quindi *pro veritate haberi* fino a quando lo affare non sia rimesso in quistione. La cosa giudicata è unicamente nel dispositivo della sentenza, e non già nei suoi motivi (i quali possono consultarsi per spiegarne il senso se oscuro), soltanto in quelle parti di esso che troncano una controversia e non in quelle che porgono delle enunciazioni.

Deve dunque rigettarsi una domanda (di un attore principale o di un convento, attore nella eccezione) per la quale si torna in quistione (non coi rimedii speciali autorizzati dalla legge) un punto già deciso. Ma con quali norme sarà determinato, se la quistione proposta in una seconda lite debba avervi per la medesima giudicata in una prima?

Ci vogliono tre condizioni: 1° che l'oggetto della domanda sia il medesimo; 2° che la domanda sia fondata sulla medesima causa; 3° che si contenda fra le medesime parti. In altri termini: identità dell'oggetto, identità della causa, identità delle parti (art. 1351 (1305), nn. 1 e 2).

CLXXIII. — *Identità dell'oggetto*. Semplicissima è la prima idea, ma le false spiegazioni dei commentatori l'hau fatto sembrare alle volte difficile, come più dif-

ficile fecero la seconda.

Si pensò che la regola della identità dell'oggetto si dovesse spiegare con gli assiomi *Pars in toto, Non in parte totum*; — e se n'è inferito non potersi più domandare una parte quando non è stata fatta buona la domanda del tutto, ma invece potersi domandare il tutto quanto si è perduto per solo una parte. Essendosi giudicato che Pietro non abbia il dritto di passare sul mio terreno *a piedi e con vettura*, egli non potrebbe più pretendere di passarvi *soltanto a piedi*; per lo incontro, sendosi giudicato di non avere il dritto del passaggio *a piedi*, potrebbe pretendere di passarvi *a piedi e con vettura*.

Il vero è tutt'altro; essendo difficile il conoscere se l'oggetto che oggi si domanda sia stato o no negato da una precedente sentenza; deesi ravvicinare la proposizione giudicata con quella che si vuol fare giudicare, affin di conoscere se siano o no tra loro contraddittorie; quindi colui che (in una lite in cui è rimasto succumbente) chiedeva di passare *a piedi e con la vettura*, può sempre ottenere di passare *soltanto a piedi*; colui che chiedeva di passare *a piedi*, non potrebbe ottenere di passare con vettura e *a piedi*; in breve, colui che si riconosce non aver dritto all'intero, può non aver dritto ad una parte, ma chi si riconosce non aver dritto ad una parte (e che può averne alle altre parti) non potrebbe aver dritto all'intero (articolo 1351 (1305), nn. 3 a 5).

CLXXIV. — *Identità della causa*. — Le strane spiegazioni degli'interpreti han reso molto più difficile di quel che non sia, un punto per se abbastanza delicato, il conoscere che cosa vuolsi intendere per causa d'una domanda. Gli uni han confuso la *Causa* coi *Mezzi*; gli altri con una strana aberrazione, l'hau confuso per fino con lo *Oggetto*.

Facilmente si può non incorrere in quest'ultimo e grosso errore, perocchè l'oggetto della domanda è la cosa che si vuole ottenere, mentre la causa di essa ne è il fondamento; così facilmente distinguesi l'oggetto dalla causa, rispondendo ai seguenti

due quesiti : *Che cosa domanda l'attore ? Su di che si fonda per domandare ?*

La domanda può avere più oggetti derivanti gli uni dagli altri. Così nella azione di rescissione di una vendita per lesione, la domanda ha in prima per oggetto l'annullamento del contratto, e poi (come conseguenza del primo) il riprendere la cosa venduta. Ma l'essere parecchi gli oggetti, non toglie che si distingua un oggetto di domanda da una causa di domanda, poichè un oggetto (fosse anche seguito da altri che da essi derivano) potrà sempre e di necessità darsi come risposta alla quistione: *Che cosa si domanda ?* La causa non potrà mai essere : sarà sempre l'oggetto , e non mai la causa ciò che domanda l'attore.

Però non è così semplice il non confondere la causa coi mezzi, perchè il mezzo è una causa (più remota) e la causa un mezzo (il più remoto di tutti). Pure per poco vi si ponga mente, le idee già indicate fra le parentesi bastano a far tale distinzione. Dicesi specialmente causa quel mezzo o fondamento della domanda che è il *primo* nell'ordine delle idee, quello che è la base *immediata* della domanda; tutti quelli più remoti diconsi genericamente mezzi. Nelle tre azioni di nullità, intentate l'una per errore, l'altra per violenza, la terza per dolo, il fondamento immediato è sempre nell'insufficienza del consenso, derivante dallo errore o dalla violenza o dal dolo, quindi le tre azioni hanno una medesima causa e differenti i mezzi (art. 1351 (1305), numeri 6 a 8).

CLXXV. — Adunque per applicare sanamente la seconda condizione richiesta per la autorità della cosa giudicata, dee ritenersi che vuolsi soltanto la identità della causa senza tenersi alcun conto dei mezzi diversi. Questa regola pare poco naturale e poco equa; colti per esempio, che è rimasto succumbente allegando il suo errore, non può far più valere un dolo di cui non si è trattato e che è stato da lui scoperto dopo; ma l'interesse particolare, che dee sacrificarsi a quello generale, spiega quel rigore come altri molti. Se si potesse riguardare altro che la causa propriamente detta, si do-

vrebbero fare tante cause per quanto sono i mezzi nuovi per lontani che fossero; così le decisioni giudiziarie sarebbero sempre provvisorie, e si rovescerebbe uno dei fondamenti dell'ordine sociale: colui che fa una domanda dee studiare tutte le circostanze dello affare, non una cosa lasciando che sia decisiva (art. 1351 (1305), n. 6).

La legge non fa alcuna eccezione alla sovra esposta regola. Così da una mano, la nuova domanda potrà sempre ammettersi, se fondata sopra una causa diversa dalla prima, tanto nelle azioni reali che nelle altre, sebbene diversamente avvenisse alcuna volta in Roma. Dall'altra, la seconda domanda sarà sempre inammissibile se fondata sulla medesima causa, benchè con una diversa azione; non volendosi dalla legge quattro condizioni per formarsi la cosa giudicata; essendo una la causa (l'oggetto e le persone anche le medesime) la seconda domanda non può essere accolta (art. 1351 (1305), n. 9).

CLXXVI. — *Identità delle parti.* — Se la cosa giudicata è legalmente una verità, è dessa relativa, restringendosi alle persone fra cui la sentenza è pronunciata. Or perchè le persone siano giuridicamente le medesime, ci vogliono, ed è ben ragionevole, due cose: 1° che le parti siano le medesime, 2° che agiscano con le medesime qualità.

Così se Pietro in una prima lite agiva *proprio nomine*, e poi in una seconda come tutore di un pupillo, le persone non sono identiche, perocchè l'attore era in prima Pietro, e poi il pupillo, di cui Pietro fa le veci. — La identità giuridica può anche venir meno per la diversità delle qualità, sebbene si agisca nei due casi sempre per se, cioè: quando alcuno figura nella seconda causa come erede di un altro, a cui non aveva per anche succeduto al tempo della prima causa; l'attore non è la medesima persona giuridica di prima rispetto ai dritti, alle obbligazioni che gli appartengono.

Diciamo quando l'attore figura come erede di uno a cui non avea per anco succeduto al tempo della prima causa. In-

fatti, se la qualità allegata nella seconda causa fosse già esistita al tempo della prima, la persona sarebbe certamente la medesima, poichè non si sarebbe mutato il suo stato; l'aver fatto valere la prima volta la tal qualità non toglie che la qualità vi appartenesse e che la vostra condizione non sia mutata. Se la qualità che si assume per la prima volta nella seconda causa, dava alla domanda una causa nuova (o un novello oggetto), come può delle volte avvenire, non vi sarebbe più cosa giudicata; ma ciò deriverebbe allora dal non esservi identità della causa (o dell'oggetto) e non già dal non esservi identità della parte (art. 1351 (1305), n. 10).

CLXXVII. — Siccome una persona che agisce in una seconda causa, deve alle volte riguardarsi come non più la medesima; così viceversa dovrà spesso dichiararsi la medesima; in altri termini, io posso in una istanza essere rappresentato da chi agiva per me, e che legalmente formava con me una sola e medesima persona. Quindi il pupillo è rappresentato dal tutore, gli eredi e gli altri successori generali, dal loro autore; i creditori chirografari, dal loro debitore; l'acquirente particolare, dallo alienante, per quello che è stato fatto da lui pria della alienazione, ma non per le istanze intentate dopo.

La medesima regola è applicata dalla giurisprudenza per le istanze già incominciate, e non per anche finite al tempo della alienazione. Ma tutti gli scrittori ai quali noi ci accostiamo, si avvisano che anche per tali istanze avrebbe luogo la rappresentazione. Il quasi-contratto giudiziario si forma con l'introdursi la istanza; e l'acquirente che tratta dopo formatosi il quasi-contratto, ne deve risentire le conseguenze, come risentirebbe quelle di una convenzione (art. 1351 (1305), n. II).

CLXXVIII. — La giurisprudenza per un errore contrario a quello di cui abbiamo testè discusso, ha ammesso la rappresentazione in un caso in cui dee rigettarsi, cioè riguardo al creditore ipotecario che la giurisprudenza dichiara rappresentato dal suo debitore nella lite sostenuta da que-

st'ultimo, dopo iscritta la ipoteca, riguardo alla proprietà della cosa ipotecata. Cotal dottrina nata da non maturo esame (essendosi discussa tal quistione seriamente dopo tutte le decisioni) non è solo contraria ai bisogni della società, e scuote il credito pubblico, ma è pure una fragrante violazione del principio della legge.

L'ipoteca è un dritto reale che non smembra, ma non lascia intatta la proprietà dell'immobiliare; un dritto che pone il creditore in diretta relazione con l'immobile e non con la persona del debitore; un dritto che esiste indipendentemente dalla volontà ulteriore del debitore, e che fa entrare nel patrimonio del creditore un potere irrevocabile sulla cosa ipotecata. Come il debitore; come altri che non sia il creditore, solo padrone del dritto, potrebbe disporne o in qualsivoglia modo comprometterlo? Se il debitore litigando potesse compromettere l'ipoteca, potrebbe pure (ma non si osa dirlo) comprometterla contraendo; perocchè il creditore è pure avente-causa del debitore che contrae, se lo fosse del debitore che litiga. Invano si vorrebbe spiegare tal pretesa differenza col grossolano sofisma che la sentenza fa riconoscere i dritti, e il contratto li crea; perchè a prescindere che l'argomento sia in fondo un circolo vizioso (essendo appunto quistione se la sentenza ottenuta contro il debitore valga pure contro il creditore ipotecario) la sentenza sarebbe puramente dichiarativa tanto per lo acquirente di una porzione, o dell'intero immobile, quanto per il concessionario di una ipoteca. Fa maraviglia che non siasi scorto questo vero evidentissimo, che qualunque acquirente (o di una ipoteca, o d'una servitù, o d'una porzione divisa o indivisa dell'immobile, o dell'immobile intero) è l'avente causa del suo autore, e da lui è rappresentato soltanto per ciò che stabilivasi in una sentenza, o in un contratto prima dello acquisto, ma non per ciò che stabilivasi dopo (art. 1351 (1305), n. 12).

CLXXIX. — Alcune persone sono legalmente rappresentate da una altra con cui hanno un rapporto, nelle sentenze che tor-

nano loro favorevoli, non già in quelle che sarebbero dannose, perocchè la persona che ha litigato, avendo un rapporto con quelle cui la sentenza si oppone, ha mandato onde migliorarne la condizione, non peggiorarla (vedi art. 1351 (1305), n. 13).

Del resto, il principio che non esiste cosa giudicata per coloro che non sono stati parti, ovvero rappresentati nella sentenza, non è subordinato come alle volte si è detto, allo esercizio della *Opposizione di terzo*; la quale mira a provare che si è terzo rispetto ad una sentenza, ma non già ad arrestarne la esecuzione; non riguarda la forza probante, ma la forza esecutiva; la pruova della qualità di terzo non è subordinata alla opposizione di terzo, ma questa a quella. — La quistione se lo scopo cui tende la opposizione di terzo non potrebbe senza di essa conseguirsi, deve risolversi con una distinzione. In generale, deve risponderci del sì, ma la opposizione di terzo è necessaria per il terzo, quando la sentenza non potrebbe eseguirsi rispetto a quello contro cui si è ottenuta senza eseguirsi per ciò, e necessariamente contro il terzo (art. 1351 (1305), n. 14).

CLXXX. — *Influenza del giudizio penale sul civile.* — Il Codice Napoleone richiede soltanto per due domande civili, identità di oggetto, identità di causa, e identità di parti; ma ove una quistione si proponga innanzi un tribunale civile, che è stata decisa dal magistrato criminale, si presumerà la cosa giudicata, benchè non possano concorrere le tre condizioni.

Diciamo non possano, però che il pubblico ministero che non può domandare il ristoro pecuniario del danno arrecato, non possa rappresentare la persona che unicamente può richiedere quel ristoro.

Non vi potrà nemmeno essere identità

d'oggetto perocchè questo è nel penale l'applicazione di una pena, e nel civile il pagamento di danni-interessi; sarebbe assurdo il sostenere che tutt'uno sieno la morte e i lavori forzati che domanda il pubblico ministero, e le somme da me richieste. Ma dal non essere identiche le parti, nè identico l'oggetto, chechè ne dica il più degli scrittori, non si può inferire con alcuni di non esservi cosa giudicata; le tre condizioni si richiedono solo per due decisioni civili. È molto logico che colui che ha fatto giudicare col mandatario della società, di non essere mai avvenuto il fatto di cui era accusato, non possa per quel preteso fatto esser più condannato, e reciprocamente, colui che è stato solennemente condannato, come colpevole di un reato, pasciachè fu difeso con tutte le garanzie, non possa legalmente pruovare la sua innocenza; per altro da vari testi di legge confermasi che la cosa giudicata nel penale avrà nel civile tutta la sua forza.

Ma se non si debbono richiedere le tre riferite condizioni, è sempre necessario che ciò si pretenda legalmente provato dalla sentenza, sia quello appunto deciso da essa, e che poteva essere deciso dal magistrato penale. Un tribunale criminale giudica solo se esista il fatto che ad alcuno si imputa, se l'imputato ne sia l'autore, e se il fatto sia imputabile penalmente, e non se esso costituisca un delitto civile, o un quasi-delitto; di che seguita che colui che è dichiarato non colpevole dell'omicidio per imprudenza, può essere condannato civilmente ai danni-interessi, come colpevole di un quasi-delitto.

Infatti la imprudenza ha i suoi gradi, e perciò essa può non meritare una condanna di prigionia, e invece può dar luogo al ristoro di un danno cagionato.

§ 2. — *Delle presunzioni semplicemente legali.*

CLXXXI. — Dicesi presunzione legale semplice o *juris tantum*, quella stabilita dalla legge, ma che non trae la nullità dell'at-

to, o un mezzo d'inammissibilità contro la domanda giudiziale. Presunzione di tal natura è la regola in fatto di successione,

con cui si determina, secondo l'età e il sesso, in qual ordine sieno morte più persone nel medesimo avvenimento. Questa presunzione fa sempre prova piena per chi la propone a suo vantaggio, nè il giudice potrebbe mai richiedere da lui altra giustificazione, pena lo annullamento delle sue

statuizioni; ma potrà soltanto essere combattuta da una prova contraria, che il giudice terrà più conveniente, qualunque ella sia, fondata anche su semplici presunzioni di fatto, poichè la legge le ammette come mezzo di prova (art. 1352 (1306)).

§ 3. — Delle presunzioni di fatto.

CLXXXII. — La presunzione di fatto o presunzione dell'uomo non è stabilita da alcun testo della legge, ma è cavata dal giudice, dai fatti e dalle circostanze della lite. Egli potrà solo servirsi di cotesto mezzo di prova nei casi in cui è permessa la prova testimoniale (1). Debbono ammettersi le presunzioni gravi, ma la loro importanza sarà dal giudice valutata; può bastargliene una sola, come un solo testimone nella prova testimoniale.

Da tal facoltà del giudice emerge, l'obbligo di provare non essere rigoroso, co-

me potrebbe credersi, però che non sempre, ma quando è permessa la prova testimoniale, basti che nell'animo del giudice si presenti probabile la pretensione e tale da distruggere, secondo i casi, le stesse presunzioni di legge: cosa per altro giustissima, poichè quest'ultime sono congetture, come quelle dell'uomo, che possono più facilmente essere inesatte, essendo stabilite per tutti i casi, senza distinzione di circostanze speciali ai singoli affari (articolo 1353 (1307)).

SEZIONE IV.

DALLA CONFESSIONE.

CLXXXIII. — La confessione è una dichiarazione con cui si riconosce positivamente un fatto come vero rispetto a noi. Essa è giudiziale o stragiudiziale secondo si fa o no in giudizio (art. 1354 (1308)).

CLXXXIV. — *Confessione giudiziale.* — Deve farsi o all'udienza stessa, o in un interrogatorio sopra fatti ed articoli, o per lo meno essere scritta in un atto legale di procedura; ma non è necessario si faccia nella istanza medesima in cui se ne vuol giovare la parte avversa; un fatto avuto per vero in un primo giudizio, non può essere falso nel secondo. La confessione che può far perdere alla parte la causa, dee farsi dalla parte capace di disporre dell'oggetto di essa causa, o da un suo mandatario costituito con ispeciale prova (ar-

ticolo 1356 (1310)).

La confessione giudiziale eseguita secondo le regole, e intorno a fatti per cui non è vietata, fa piena prova contro colui che l'ha fatta. Un'osservazione intorno alla confessione composta. La confessione è semplice se si riconosce il fatto allegato senza modificazioni, nè aggiunzioni; è composta se si riconosce il fatto allegato, accompagnandovi altri fatti che lo modificano, e ne alterano o distruggono le conseguenze.

In quest'ultimo caso fa mestieri distinguere se il fatto o i fatti che seguono il principale hanno o no con esso un intimo rapporto, una naturale connessione. La quale essendovi, si tengono ragionevolmente i fatti accessori come parte integrante della confessione, nè l'avversario potrebbe atte-

(1) Specialmente in tutti i casi in cui si allega la frode, poichè è impossibile di aversi per essa una prova scritta. *Pri principi*, non che per le

MARCADÉ, vol. III, p. I.

dichiarazioni formali dei lavori preparatori, non dee aversi fuor conto alcuno, sotto questo riguardo, la maniera onde fu compilato l'art. 1353 (1307).

nersi solo al fatto principale; una confessione non può scindersi a libito della parte. Nel caso contrario non importa scindere la confessione, dividendosi dall'oggetto di essa ciò che ne è indipendente; ma l'avversario potrebbe con una pruova positiva dimostrar falsa una parte della confessione.

La confessione non si può ritrattare che per errore intorno al fatto (non per errore intorno alle conseguenze giuridiche di esso) cioè provando la materiale inesattezza del fatto confessato. Ma non potrebbe essere ritrattata, perchè l'altra parte non ne abbia domandato atto, manifestando con ciò di volerlo accettare; chechè ne abbiano potuto dire, non è questo un contratto, nè è per nulla convenzionale il conoscere se un fatto sia vero o falso (art. 1336 (1310)).

CLXXXV. — *Confessione stragiudiziale.*

Riguardo a tale confessione che non si fa in quelle solenni circostanze che ne garantiscono la efficacia, tutto è rimesso all'arbitrio ed alla coscienza del magistrato del fatto; per cui il legislatore non ha voluto fare alcuna regola di dritto delle sopraesposte idee. Una sola se ne è stabilita ed è: se colui che allega una confessione stragiudiziale, non potendo per iscritto, è costretto provarlo con testimoni, non potranno questi udirsi che quando per mezzo di essi si potrebbe provare il fatto che ne è l'oggetto (1355 (1309)).

Del resto non si potrebbe dire, come alle volte si è fatto, che una confessione stragiudiziale, per rinnovarsi che faccia in giudizio si muti in giudiziale. Vi sono allora due confessioni, e il magistrato è libero di attenersi alla prima meglio che alla seconda (*ibid.*).

SEZIONE V.

DEL GIURAMENTO GIUDIZIALE AFFERMATIVO.

CLXXXVI. — Il giuramento è un atto civile religioso con cui s'invoca Dio a testimone della propria veracità. Sebbene di ordinario si presti colle parole « Io giuro » levando al cielo la man destra, non si potrebbero astringere a tale usanza coloro, cui ciò non è permesso dalle proprie credenze; ma per l'incontro non possono costringersi quelli che per il loro culto ammettono un giuramento più solenne. Senza far violazione alla legge, si può consentire che questi ultimi facciano di più degli altri cittadini, ma non vi si possono astringere.

Il giuramento è giudiziale o stragiudiziale, se fatto o no in giudizio nel corso d'una lite; è affermativo o promissorio secondo che miri ad assicurare che sia sincero ciò che si dice, ovvero che siasi tenuta una promessa.

Il giuramento giudiziale affermativo, di cui dobbiamo trattare, è decisorio o suppletorio secondo che è deferito da una parte all'altra per farne dipendere la decisione, o deferito di ufficio dal giudice ad una delle parti, acciocchè la pruova incominciata si renda più piena (1357 (1311)).

§ 1. — *Del giuramento decisorio.*

CLXXXVII. — Ognuna delle parti può, con quattro condizioni deferire il giuramento al suo avversario, onde farne dipendere la decisione della lite, o di uno dei suoi punti. Così si consente di perdere la lite se l'avversario presti il giuramento dimandato, ovvero se lo riferisca all'altra parte

che nega; si guadagnerà invece la causa se l'avversario non voglia nè prestare, nè deferire il giuramento, o se il giuramento che le è riferito, sia da essa medesima prestato.

Per deferirsi il giuramento richiedonsi quattro condizioni: 1° il fatto deve esser

tale da poterne dipendere la decisione della causa ; ove non sia decisivo , il giudice non deferirà il giuramento. — 2° Il fatto deve esser personale a colui cui si deferisce o per lo meno al suo autore. Infatti è permesso di deferirsi il giuramento agli eredi non sul fatto stesso , ma per sapere se ne abbiano conoscenza: gli è allora un giuramento *de credulitate*. — 3° Siccome il deferire un giuramento decisivo produce il medesimo effetto d'una transazione , la lite deve versare su d'un oggetto intorno a cui si può transigere, ed agitarsi tra persone capaci di transigere. — 4° Infine il giuramento, secondo ciò che dicemmo al num. CLXXI, non deve deferirsi a fine di impugnare la verità d'una presunzione *juris et de jure* stabilita nel pubblico interesse.

Gli è certo, non ostante le contrarie decisioni , che il deferire il giuramento è in facoltà dell'attore (che non potrebbe mai costringersi a rimettersene alla coscienza dell'avversario che può non averne) ma non è però in facoltà del giudice il quale non può mai negarsi a deferire il giuramento, non mancando le quattro condizioni richieste.

La giurisprudenza va parimente errata giudicando che il giuramento deferito da una delle parti non sia più decisivo, ma si muti in suppletorio se la parte lo deferisce in sussidio, e tentati invano tutti gli altri mezzi.

Da una mano, la legge permette formalmente che si deferisca il giuramento decisivo in qualunque stato della causa ; e dall'altra, l'essersi il giuramento deferito dalle parti (e non dal giudice) il dovere dipendere la decisione della lite (e non servire a far piena una pruova già cominciata) sono i caratteri propri del giuramento decisivo (art. 1358-1360 (1312-1314)).

CLXXXVIII. — Quegli cui si deferisce il giuramento, può, come abbiain detto, prestarlo o riferirlo alla parte avversa ; purchè il fatto sia comune ad ambe le parti o almeno ad una di esse ed all'autore dell'altra (il che permette il giuramento *de*

credulitate). Colui a cui si riferisce il giuramento, non può riferirlo di nuovo all'avversario perchè sarebbe il medesimo che raggiarsi in un cerchio.

Fino a tanto che il giuramento deferito o riferito non sia accettato, la parte può revocarlo; non essendosi per anche formata la convenzione, la transazione. Ma quando la proposizione di una parte è accettata dall'altra, non si può più revocare la proposta , tranne si provi essere stata fatta per dolo della parte avversa.

Prestato il giuramento deferito o riferito, l'effetto è irrevocabile, quand'anche si provasse falso ; le qual prova non può mai farsi dalle parti perdenti, nè per ottenere i danni ed interessi, nè per impedire l'esecuzione della sentenza, e nè costitendosi parte civile in un'azione penale intentata dal pubblico ministero, nè agendo innanzi il tribunale civile. Tale impossibilità che risulta dalla natura stessa del giuramento *decisorio* (poichè altrimenti si dovrebbe ricominciare la lite per conoscere se il giuramento sia falso o vero, cotachè esso non sarebbe punto decisivo) e che è un'applicazione dei principj, è stata poi formalmente bandita nei lavori preparatori del Codice penale, non che dalla giurisprudenza; nè sappiamo come uno scrittore abbia potuto non comprenderla (art. 1361-1364 (1315-1318)).

Il giuramento prestato o rifiutato fa prova ed è efficace soltanto fra le parti o loro aventi-causa. Così, limitandoci ad un solo esempio, il creditore in solido non è mandatario dei suoi concreditori, e questi non sono gli aventi-causa di lui , se non per conservare e migliorare il credito, ma non per transigere o rimettere il debito, quindi il giuramento prestato dal debitore, cui lo deferisce il creditore (come pur quello che proposto dal debitore fosse negato dal creditore) libererebbe soltanto il debitore per la parte che spetta al creditore (art. 1365 (1319)).

Non è meno evidente , non ostante le strane contraddizioni della giurisprudenza, che l'effetto prodotto dal giuramento prestato non potrebbe attribuirsi in generale

alla semplice accettazione seguita dalla morte della parte o da altra qualunque cagione d'impossibilità. In vero non è tutt'uno il prestare un giuramento, e la promessa di prestarlo; la convenzione allora

è come non fatta, non avveratasi la condizione imposta (tranne che non si tardia prestarlo per sola colpa dell'avversario); ciò è ragionevole, ed era anche voluto da Dumoulin (art. 1364 (1318)).

§ 2. — Del giuramento suppletorio.

CLXXXIX. — Il giuramento suppletorio può solo dal giudice deferirsi per far piena una pruova incominciata; ma non quando vi sia già una pruova completa (nel qual caso la domanda che si fonda su di essa deve immediatamente ammettersi) nè quando non vi sia pure un principio di pruova (nel qual caso la domanda deve respingersi); non ci vuole se non se il principio di pruova. Il quale, quando non può ammettersi la pruova testimoniale, deve risultare da una scrittura, dacchè ogni principio di pruova è una pruova (cominciata ed incompleta), e la legge allora non ne conosce altra che la scritta.

Il giudice deferisce il giuramento a quella parte che vuole (quindi non può riferirsi da una parte all'altra) ed altresì può deferire alla parte un giuramento *de credulitate*, non solo intorno ad un fatto personale all'autore della parte, ma anche intorno ad un fatto personale ad altri; perocchè qui il Codice non riproduce la regola che il giuramento deve deferirsi intorno ad un fatto personale, ma lasciando al giudice il maggiore arbitrio onde meglio informarsi (art. 1366 - 1368 (1320-1322)).

CXC. — Altra differenza fra il giuramento decisorio e il suppletorio si è, che dovendo questo istruirsi, e non avendo il carattere della transazione, il magistrato, pronunziata che avrà la sentenza che lo prescrive, può dichiararla poi come non fatta ove con altri mezzi resta pienamente convinto. Per la stessa ragione, la parte contro cui ebbe luogo il giuramento può provarne la falsità; profferita che è la sentenza, la parte perdente che potrebbe avere altri mezzi di pruova, potrebbe farli valere in appello, ed essendo ciò impossibile, con una domanda di danni-interessi. Finalmente i giudici di appello potrebbero parimente, anche senza nuovi elementi, valutar in modo diverso dai primi giudici facendo guadagnar la causa a chi in pria l'aveva perduta (*ibid.*).

Ben si comprende come col giuramento suppletorio si possa istruire il giudice intorno alla condanna, ovvero soltanto sull'ammontare di essa, essendone provato il fatto. In quest'ultimo caso può solo deferirsi all'attore, ma posciachè il giudice ha stabilito un *maximum* oltre il quale il giuramento sarebbe di nessuna efficacia (articolo 1369 (1323)).

Distinzione dei mezzi di pruova.

CXCI. — Dal fin qui detto comprendesi che i mezzi di pruova da noi indicati sul principio della materia, possono dividersi in *dieci specie* che poste secondo la maggiore o minore forza sono: 1° il Giuramento decisorio; 2° la Presunzione legale assoluta di ordine pubblico; — 3° la Confessione giudiziale; — 4° le altre Presunzioni legali assolute; — 5° la Presunzione legale semplice; — 6° la Scrittura; — 7° la Confessione stragiudiziale; — 8°

la Pruova testimoniale; — 9° la Presunzione di fatto; — 10° il Giuramento suppletorio.

Coteste dieci sorte di pruove, riguardate sempre secondo il loro grado di forza, potrebbero suddividersi in cinque; esse sono:

1° Il Giuramento decisorio, e la Presunzione assoluta di ordine pubblico, che non posson *mai* distruggersi da una pruova contraria; 2° le altre *Presunzioni* assolute, e la Confessione giudiziale, che *alle*

colle possono venir meno in faccia ad una prova contraria (la confessione di fatti può distruggersi dalla prova che chi confessava farebbe della sua inesattezza, e la presunzione assoluta, non di ordine pubblico, può esserlo con varî mezzi, nei casi riserbati dalla legge, oltre i quali può esserlo sempre col giuramento o la confessione); 3° la Presunzione semplice e la Scrittura in faccia alle quali può ammettersi sempre la prova contraria; 4° la Confessione stragiudiziale, la Prova testimoniale, e la Presunzione di fatto che potendo sempre impugnarsi dalla prova

contraria, sono poi soggette del tutto allo arbitrio del giudice, che nella sua coscienza può trovarle convincenti o no, senza che mai gli si possa domandar ragione del suo convincimento; dei tre mezzi il secondo è men forte del primo, poichè solo in alcuni casi può ammettersi; il terzo è men del secondo, perchè il giudice non è mai costretto ad usarne; — 5° infine il Giuramento suppletorio che è pure in facoltà del giudice, ma che deve servir sempre per far completa una prova incominciata, non essendo per se stesso una prova.

TITOLO V.

Del contratto di matrimonio e dei diritti rispettivi dei coniugi.

(Decretato ai 10 febbrajo 1804. — Promulgato li 20).

I. — Il Codice, stabilito nei due titoli precedenti i principî generali delle obbligazioni, ritorna ai contratti che ne sono la sorgente più comune; indicandoci in moltissimi speciali titoli le particolari regole di quei contratti che sono più importanti o più in uso. In primo luogo fu posto il contratto della società coniugale riguardo ai beni, perchè fra tutti ha maggiore importanza ed è più in uso.

Sebbene l'espressione *Contratto di matrimonio* dovesse significare il *Contratto* che dicesi *matrimonio*, il contratto che costituisce il matrimonio (come le parole *contratto di vendita, di locazione*, ec. indicano i contratti che costituiscono la *rendita*, la *locazione*) pure qui non ha questo senso; perocchè col nome di *Matrimonio* (tit. V del lib. I) è indicato il contratto morale che ha per oggetto l'unione delle persone, e si è chiamata *Contratto di matrimonio* la convenzione accessoria che riguarda i beni dei futuri coniugi; il *contratto di matrimonio* adunque è il con-

tratto di società *pecuniario* del matrimonio, il contratto che si fa onde stabilire i diritti rispettivi dei coniugi *riguardo ai beni*, le quali parole debbono aggiungersi alla rubrica del nostro titolo, che senza di esse non indica bene l'oggetto, e converrebbe del pari allo stesso matrimonio, dacchè da una mano questa è pure un contratto ed il legislatore nel regolarlo, ha dovuto trattare anche (nel capitolo VI, art. 242 (201) e seg.) dei *diritti rispettivi dei coniugi*. — Del resto l'espressione *Contratto di matrimonio* è spesso anche usata per indicare la scrittura, *instrumentum* che comprova le convenzioni fatte, mentre la scrittura che comprova il matrimonio dicesi sempre *atto* di matrimonio.

II. — Avvenno una volta il destro di dire (art. 230 (218), n. I) che il Codice ammette e spiega cinque sistemi o regole di convenzioni matrimoniali, che sono: 1° la Comunione legale; 2° la Comunione convenzionale; 3° la Esclusione di comunione; 4° la Separazione di beni; e 5° la Regola

dotali. Dopo ciò non ben si comprende a primo aspetto la divisione che il nostro titolo segue, poichè esso, trattato nel primo capitolo delle *disposizioni generali*, divide tutta la materia in due parti soltanto (cap. II e III); nella prima delle quali, che ha per rubrica *Della regola di comunione*, discorre non solo della comunione legale o convenzionale, ma anche dell'esclusione di comunione e della separazione di beni; la regola dotali forma poi l'argomento del terzo ed ultimo capitolo. Così escludendosi da tre delle cinque regole la comunione, la natural divisione sembra essere la seguente: *I. REGOLA DI COMUNIONE: 1° Comunione legale, 2° Comunione convenzionale; II. REGOLE SENZA COMUNIONE, 1° Esclusione semplice di comunione, 2° Separazione di beni, 3° Regola dotali*; ma il Codice mette nella prima classe due dei tre oggetti che spettano alla seconda, e ci porge una divisione molto strana a prima veduta: *I. COMUNIONE, 1° Comunione legale, 2° Comunione convenzionale, 3° Esclusione di comunione, 4° Separazione di beni; II. REGOLA DOTALE.*

Spesso i compilatori del Codice, come abbiamo veduto nello studio delle precedenti materie, seguirono viziose distinzioni per mancanza di metodo, non potendosi affatto giustificare o scusare il loro disegno. Ma qui non è così. La divisione adottata in questo titolo aveva nei fatti la sua ragione, e se pare strana ove si esamini profondamente *a priori*, è invece semplicissima e naturalissima se si riguarda sotto l'aspetto storico.

Le nostre antiche provincie francesi dividevasi in paesi consuetudinari, ed in paesi di dritto scritto. Questi che conservarono il sistema romano, seguirono la regola dotali; i primi adottarono general-

mente i principi indigeni, e veramente nazionali della comunione (1). Or siccome le convenzioni escludenti la comunione, potevano unicamente farsi nei paesi consuetudinari e non nei paesi di dritto scritto (non potendo escludersi la comunione lì ove non era ammessa), due sistemi soltanto erano seguiti al tempo della formazione del Codice: da una mano, la comunione con tutte le sue regole sussidiarie, con le quali si può modificare la regola dotali onde costituire una comunione convenzionale, o rigettarla intieramente adottando la semplice esclusione della comunione, o la separazione di beni; dall'altra, la regola dotali.

I nostri legislatori del 1804, dopo lunghe e vivissime discussioni fra i segnaei dei due sistemi, anteposero il primo, e quindi dovettero esprimerlo qual'era nei paesi consuetudinari e con tutti gli accessori che lo accompagnavano. Della regola dotali non stimarono in prima necessario parlare, perchè le sue varie regole potevano seguirsi in forza di quella disposizione che dichiarava lecito ai coniugi il fare quelle convenzioni che credessero più opportune (art. 1387 (1341)). Ma inconciliamente i seguaci di quella regola levarono da ogni parte la voce, temendo che con quel silenzio si volesse annullarla; e quindi, a fin di tranquillare i paesi di dritto scritto, si dovette fare un capitolo espresso per la regola dotali. Pertanto il disegno del Codice nel nostro titolo, dopo i fatti esposti, riesce semplicissimo. Noi però lo muteremo nel nostro sunto in cui dobbiamo seguire sempre l'ordine naturale e logico delle idee, non badando alle circostanze storiche per le quali si è potuto presentarle in un ordine diverso.

(1) Tra le provincie consuetuarie che erano quelle del Nord della Francia, la sola Normandia per una eccezione per cui si spiega l'origine dei suoi abitanti, aveva seguito la regola dotali. I primi Normanni usciti non dalla Germania, ma dallo interno del Nord, soldati feroci, avidi conquistatori, impadronendosi della Neustria, e togliendo per se le donne dei vinti, dovettero come i primi Romani

scorgere nel loro matrimonio piuttosto una relazione di padrone a schiavo che una associazione di dritti comuni, e se ben si comprende che l'elemento nazionale, il principio di comunione non abbia potuto prevalere nelle nostre provincie meridionali grandemente imbevute delle idee romane, si comprenderà del pari come quel sistema non potesse prevalere sotto il dominio Normanno.

CAPITOLO PRIMO

DISPOSIZIONI GENERALI.

La legge indicherà mano mano in questo capitolo: 1° quali convenzioni sono permesse o vietate nel matrimonio (art. 1387, 1389 (1344, 1343)); 2° i principali sistemi che possono adottarsi, per quali maniere si possono o no, da quale regola sono governati quelli che non fan contratto

(art. 1390, 1393 (1344, 1347)); 3° le forme nelle quali il contratto deve stendersi, e i mutamenti che vi si posson fare (art. 1394, 1397 (1348, 1351)); 4° infine la capacità richiesta per fare tal contratto (art. 1398 (1352)).

§ 1. — *Convenzioni permesse o vietate.*

1387 (1341). — La legge non regola la società coniugale relativamente a' beni, se non in mancanza di speciali convenzioni che gli sposi posson fare a lor piacimento, purchè non sieno contrarie a' buoni costumi, ed in oltre colle seguenti modificazioni.

1388 (1342). — Gli sposi non possono derogare nè a' diritti risultanti dall'autorità maritale sulle persone della moglie o dei figli, o a quelli che appartengono al marito come capo della famiglia; nè a' diritti che vengono conferiti al coniuge superstite nel titolo *Della patria potestà*, ed in quello

della Minor età, della Tutela e della Emancipazione; nè alle disposizioni proibitive del Codice.

1389 (1343). — Non possono fare alcuna convenzione o rinunzia, il di cui oggetto fosse diretto ad immutare l'ordine legale delle successioni, sia per rapporto ad essi medesimi nella successione de' loro figli o discendenti sia per rapporto a' figli fra loro; salve però le donazioni fra vivi o per testamento, le quali potranno aver luogo, secondo le forme e ne' casi determinati nel Codice.

SOMMARIO

I. Il contratto pecuniario di matrimonio, diverso dal morale, sviluppato nel libro primo, è regolato dalla privata volontà delle parti, che hanno intorno a ciò il maggiore arbitrio.

II. Ma però non possono farvi convenzione alcuna contraria ai buoni costumi. Quid della clausola di non rinunziarsi? Censura della dottrina degli scrittori.

III. Diritti del marito sulla persona della moglie, e dei figli. Doveri della moglie di seguire il marito; dritto di questi sulla religiosa istruzione dei figli. Qualunque stipulazione su questi due punti ed altri simiglianti si terrebbe per non fatta. Inesattezza di Rodière e Paolo Pont.

IV. Continuazione e fine delle due quistioni.

V. Diritti del marito, come capo cioè su' beni de-

gli sposi. Errore di Toullier e di Duranton.

VI. A che estendesi la proibizione riguardo ai beni del marito, a quelli della moglie ed ai comuni. Errore di Toullier, Duranton e Zachariae.

VII. I coniugi non possono derogare a dritto alcuno derivante dalla patria potestà o dalla legittima tutela. Il testo è mal compilato; censura della dottrina di Zachariae.

VIII. Non possono essi derogare nè anco alle proibitive disposizioni del Codice. Esempi.

IX. In ultimo non possono essi cambiar l'ordine legale delle successioni, salvo l'effetto delle liberalità che posson fare, nel loro contratto, o durante il matrimonio. Sarebbe nulla la rinuncia al dritto di far liberalità. Errore di Tautier.

I. — Il contratto di matrimonio, qual esso qui è inteso, quello cioè che regola

i rapporti dei coniugi in riguardo ai beni, essendo un contratto pecuniario (a differenza del *contratto di matrimonio* che regola i medesimi rapporti riguardo alle persone e di cui si è parlato nel tit. V del libro I), le parti possono convenire quelle clausole che vogliono, come in qualunque altro contratto pecuniario. Così le diverse regole del contratto *morale* di matrimonio possono soltanto essere stabilite dal legislatore, nè possono modificarsi dalla volontà privata delle parti, ed invece il contratto *pecuniario* deve solo essere stabilito dalle parti, e soltanto, ove esse tacciano, si debbono seguire le regole della legge, che esprimono la loro volontà presunta. Gl'interessati hanno qui come più volte abbiamo notato, una libertà ed un arbitrio maggiore che in ogni altro contratto pecuniario; possono perciò inferire qualunque stipolazione, anche quelle proibite nei contratti ordinari, purchè non vi sia colpa contraria alle regole proibitive di cui tratteremo; volendo favorire il matrimonio si dovevano favorire le convenzioni pecuniarie da cui spesso dipende; chi vuole il fine, vuole i mezzi.

Per quanto degno di favore sia il matrimonio, si doveva mettere un freno allo arbitrio dei futuri coniugi, ed è il rispetto ai buoni costumi; il qual freno sarebbe imposto dalla ragione se non lo fosse dai nostri articoli. Una moglie non potrebbe stipulare la facoltà di crearsi dei mezzi particolari togliendosi un innamorato. Ma tal principio non è sempre così semplice nella sua applicazione; in questa materia come in quella della donazione, gli scrittori discordano alle volte se la tal convenzione debba o no rigettarsi come contraria ai buoni costumi.

La qual quistione si è presentata specialmente per la condizione di non rimaritarsi.

Delvincourt (tom. II), Vazeille (art. 900 (816), n. V) e Troplong (I-52) sembra che la riguardino come sempre valida; Pezzani al contrario la dichiara assolutamente nulla; Duranton (VIII, 128), Paolo Pont e Rodière (I, 52) la vogliono va-

lida o nulla secondo che è o no fondata *sopra un ragionevole motivo*. Forse quest'ultima sentenza è esatta in sostanza e nella mente dei suoi autori, ma a noi sembra mal presentata e fondata sopra una idea molto superficiale. La quistione si deve decidere non per la cagione che ha fatto inserire la clausola, ma dal conoscere se i contraenti ebbero in mira o no di impedire il secondo matrimonio.

E primieramente, una convenzione assoluta di rimaritarsi, una clausola con cui un successivo matrimonio sarebbe del tutto vietato al superstite, sarebbe sempre nulla, per quanto ragionevole e grave potesse essere la cagione per cui si è inserita nel contratto. I dubbi non possono sorgere intorno ad una tale stipolazione, ma solo intorno a quella per cui il superstite ha la scelta fra il novello matrimonio, e un sacrificio pecuniario.

Or la clausola di non rimaritarsi senza alcun danno pecuniario, sarà nulla o valida secondo che l'impedimento che si reca al susseguente matrimonio sarà o no il fine propostosi.

La disposizione di non rimaritarsi, se si è voluto con essa impedire il nuovo matrimonio, sarà nulla. Ma se invece lo impedimento al nuovo matrimonio è posto per lecito fine; se il sacrificio del sopravvivate onde potersi rimaritare era non per impedire il suo matrimonio o per punirlo di averlo contratto, ma semplicemente per ricompensare gli svantaggi che il matrimonio poteva recare a taluno, la clausola è valida. Nel secondo caso è valida, dappoichè la convenzione ha alla fine per oggetto di regolare pecuniari interessi, in cui entra in secondo luogo l'idea del nuovo matrimonio; ma è nulla nel primo caso, perchè l'impedimento al nuovo matrimonio essendo allora il fine propostosi, si prende come oggetto della convenzione anco la libertà dell'individuo, o a dir meglio una cosa che non è materia di convenzione. Non si dimentichi che qui parlasi solo del contratto *pecuniario* di matrimonio, un contratto che regola l'associazione delle parti in *riguardo ai beni*; e che la parte

morale di tale associazione non è regolata dal nostro titolo nè dalla privata volontà delle parti, ma dalla stessa legge secondo il titolo V del I libro.

Non è questione di dritto se tal convenzione sia o no contraria ai buoni costumi; ma è cosa di fatto che valuterà il giudice.

III. — Interdette ai coniugi nello articolo 1387 (1341) tutte le clausole contrarie ai buoni costumi, è loro proibito dall'art. 1388 (1342) di far quelle che potrebbero derogare: 1° ai dritti che risultano dalla potestà maritale sulla persona della moglie e dei figli, spettanti al marito come capo; 2° ai dritti dati al sopravvivente dei coniugi dai titoli della *Potestà patria* e della *Tutela*; 3° alle varie disposizioni proibitive del Codice Napoleone.

Non si può derogare ai dritti che la potestà maritale conferisce al coniuge sui figli. Non si potrebbe stipulare che la moglie non sarà obbligata di abitare col marito (art. 214 (203)) o che essa potrà dare da se sola il consenso al matrimonio dei figli (art. 148 (163)).

Il divieto di siffatte stipulazioni e di quelle che spiegheremo, comprendesi nella regola generale, che proibisce ogni convenzione contraria ai buoni costumi, essendo esse vietate, perchè contrarie ai buoni costumi, all'ordine, alle sociali convenienze. Sono d'altronde delle regole che rapportansi al lato morale della associazione coniugale; or come si è da noi detto, i coniugi possono soltanto fare speciali convenzioni, *quanto ai beni* e per il lato *pecuniario* della associazione. Tutto ciò che è regolato dai titoli del *Matrimonio*, della *Tutela*, della *Patria potestà*, è determinato indipendentemente dalla privata volontà degli individui, e perciò il legislatore non avrebbe dovuto logicamente parlarne. Che tutte le convenzioni a ciò relative sieno proscritte, sorge abbastanza, e forse più chiaramente, dal gran fatto fondamentale, che qui si tratta del contratto *pecuniario* del matrimonio, e che per ciò che riguarda il contratto morale, cioè il *matrimonio* e le sue varie conseguenze, nulla può es-

MARCADE, Vol. III, p. I.

sere lasciato alla privata volontà dei cittadini, ed ogni cosa deve esser regolata dalle disposizioni della autorità legislativa, interpretata e applicata dalle decisioni dell'autorità giudiziaria. Rodière e Paolo Pont, perduto di mira questo gran principio, insegnano che taluna delle convenzioni, di cui qui è discorso, potrebbe se non produrre una rigorosa obbligazione, avere una tal quale forza. E così, ricordato in pria il principio che obbliga la moglie a seguire il marito ovunque ei risieda, dicono che i tribunali potrebbero dispensar la moglie da tal dovere se il soggiorno fosse per lei pericoloso; soggiungendo doversi di raro accordare la dispensa, se intorno a ciò tace il contratto di matrimonio, ma facilmente se la moglie si è riserbato tal dritto nel contratto. Insegnano del pari che ove discorriamo i due coniugi in qual religione debba educarsi un figlio, sarebbero importanti le particolari convenzioni fatte intorno a ciò nel contratto di matrimonio, e che la moglie potrebbe chiamare il marito innanzi i magistrati, perchè non ha adempito alle convenzioni (tomo I, nn. 55 e 57).

Ma non è tutto ciò inesattissimo? non è chiaro che l'istruzione religiosa da darsi ai figli ed il dovere della moglie di seguire ovunque il marito, salvo la dispensa se necessaria, son cose che non possono essere in modo alcuno oggetto di private convenzioni, e per le quali le clausole del contratto del matrimonio sono del tutto di niuna importanza e come non fatte? Questi ed altri simiglianti punti sono regolati dalla legge, salvo l'intervento del *magistrato* per interpretare ed applicare le regole legali; possono solo essere stabiliti dalla autorità e non mai dalla volontà privata delle parti. Con ragione adunque Duranton (XIV, 24), Zachariae (III, p. 402) insegnano che la convenzione molto comune per parte di un coniuge di diversa religione, di educare le figlie nella religione della madre, e i figli in quella del padre, non ha alcuna efficacia civile (1).

(1) Vedi pure in questo senso Taulier (tom. V, p. 19); Odier (tom. II, n. 628); Troplong (tom. I,

IV. — Ma negando in tal modo ogni effetto alle convenzioni delle parti intorno ai due riferiti punti, e intorno agli altri di simil natura, come debbono tali punti decidersi? Deve ammettersi forse, sotto questa riserva e per il dippiù, la dottrina di Paolo Pont e Rodière?

Quanto al primo punto, non accostandoci a cotesti scrittori, diciamo che se il luogo ove il marito pretende menare la moglie fosse tale da porre in rischio la propria esistenza o offenderne gravemente il pudore, i tribunali, giudici dei fatti e interpreti della legge, potrebbero e dovrebbero dichiarare inapplicabile al caso una regola che non può certo estendersi a ciò che è contrario alle leggi della morale o della umanità. Contesta dottrina che ci sembra la meno contraddittoria, è stata applicata da una sentenza di Senlis del 9 ott. 1835.

Intorno al secondo punto, Rodière e Paolo Pont insegnano che non al solo marito, ma a lui insieme colla moglie spetta il determinare la istruzione morale e religiosa dei figli. Essi si fondano sull'articolo 203 (193) che impone ai coniugi l'obbligo di educare i figli; e facendo notare che come il dovere di entrambi deve esser pure il dritto correlativo, ne concludono che la madre partecipa in tal modo l'autorità col padre, da ciò inferiscono che essendovi su ciò dissenso tra i coniugi, sia bisogno ricorrere ai tribunali, onde determinare il *quid melius*.

Secondo noi è questo un errore. Vero si è che in principio l'autorità sui figli si appartiene ai due coniugi insieme, che nella legge civile come nella divina devono formare un'anima sola, siccome una sola carne, *duo in carne una*, e dovrebbero esser sempre in perfetta armonia. Ma siccome questa armonia perfetta non potrebbe essister sempre, si è dovuto prevedere il dissenso, e per questo si è conferito a un solo dei due genitori l'esclusivo esercizio della autorità: per tutti i possibili casi è d'uopo che un sol capo fosse nella casa. E tale la teoria del Codice manifestata ad

ogni passo della legge. Ben è vero che lo art. 203 (193) dà un comune dovere ai due coniugi d'onde ne deriva un dritto ugualmente comune; vero è anche che lo art. 148 (163) richiede per il matrimonio dei figli il comune consenso del padre e della madre; e che l'art. 372 (288) nello stabilire il gran principio generale di cui sono applicazione le altre regole, dichiara che il figlio fino alla sua emancipazione è sottoposto alla comune autorità del padre e della madre. Ma la legge aggiunge che se vi ha dissenso tra i coniugi, la volontà del padre prevale (art. 148 (163)); e dopo bandito il principio della autorità comune al padre e alla madre; dichiara (articolo 373 (289)) che il *padre solo* esercita l'autorità. Essendo discordanti i coniugi, spetta adunque al padre dirigere l'istruzione e la educazione dei figli sì per la religione e sì per tutt'altro.

Gli abusi non si permettono: se il padre sotto il nome di religione volesse imporre ai figli dottrine riprovate dalla morale, potrebbe la madre richiamarsene ai tribunali. Se un tal padre volesse che i figli abbracciassero il maomettismo, o i falsi principi religiosi di qualche sognatore, come il Fourier, niun dubbio che sulla domanda della moglie debbano i tribunali togliere ad un tal padre il dritto di dirigere la educazione dei figli. Ma la teoria che permette lo intervento dei tribunali nei casi di abuso, per la ragione che l'autorità data al marito non può sorpassare i limiti della morale; è molto diversa dalla dottrina di Paolo Pont e Rodière, la quale per il preteso principio (smentito dall'articolo 373 (289)) che la madre partecipa col marito l'esercizio della autorità, permette che i tribunali intervengano per cercare il *quid melius*, essendovi discordanza tra i due capi. Non si ammette da noi, come da questi scrittori, che il marito il quale dopo il matrimonio abbracci una nuova religione, p. e. dal giudaismo passi al cristianesimo, dal cattolicesimo al protestantesimo, o ricrearsi, potesse educare

i suoi figli nella nuova religione se ne ottenesse il consenso dalla moglie o dal magistrato. Non due, ma un solo è il capo nella casa, cioè il marito. Se questi professava una nuova religione, ei la crede vera; perciò è dover suo il comunicarla ai figli. Se s'inganna ne rende conto a Dio, non ai tribunali, i quali non debbono entrare nella coscienza dell'uomo. I tribunali possono solo intervenire quando il marito sorpassa i limiti della sua autorità, che sono quelli della morale (1).

V. — Dopo i dritti che la qualità di marito dà a questi *sulla persona* della moglie e dei figli, seguono quelli che gli dà la stessa qualità *quanto ai beni*, e come capo della società pecuniaria.

È questo il senso delle parole *come capo*, non ben compreso da molti scrittori, e specialmente da Toullier (XII-309) e da Duranton (XIV-266). Pensano cotesti scrittori che trattasi ancora dei dritti, che il marito, come capo della società morale, ha sulla persona della moglie e dei figli; ma gli è questo un errore dimostrato dal testo dell'art. 1388 (T) e dalla discussione fattane al Consiglio di Stato. Quando si proibisce definitivamente e successivamente ogni convenzione che derogherebbe ai dritti — *che ha il marito sulla persona della moglie e dei figli, o che gli appartengono come capo*, intendesi dire nella seconda frase, di altri dritti oltre a quelli di cui parla la prima, dei dritti che non hanno più per oggetto la persona della moglie e dei figli, bensì i beni... D'altronde, la discussione del Consiglio non ne lascia dubitare. Maleville, Berenger e Bigot-Préameneu chiesero se togliessero le parole *o che appartengono al marito come capo*, poichè possono far credere che la moglie non debba aver mai la *libera disposizione dei suoi beni nè anco dei parafernali*; che era meglio dire singolarmente le *clausole relative ai beni* che non possono stipularsi; che la frase censurata lascia dei dubbi, e non definisce chiaramente i dritti del ma-

rito (come capo e quanto ai beni) ai quali non si potrà derogare. Bertier, Tronchet, Treillard e Rial rispondono che i dritti del marito *come capo* son definiti dallo stesso titolo discusso; che esiste sì stretta unione tra l'autorità sulla persona, e *quella sui beni* che torna impossibile il separarli per intero, che l'enunciazione per singolo richiesta per il secondo punto farebbe nascere pericolose omissioni; che il divieto di potere la moglie alienare senza il consenso del marito *anche i suoi beni parafernali*, è stabilito dall'art. 217 (206) e che tanto il sistema di Maleville, e di altri distruggerebbe una disposizione votata e ricevuta con unanime plauso (Fenet, tom. XIII, pagina 542-546). In tal modo quei che volevano soppressa la frase, e quei che la volevano conservata, intendono applicarla alla autorità del marito sui beni, siccome le precedenti parole applicansi alla sua autorità sulla persona. I dubbi, diceva Bigot, possono essere sulla disposizione e non sul suo fine; e se poteva dubitarsi contro a quali clausole relative ai beni era il divieto di questa regola, era certo il divieto delle clausole relative ai beni.

Tai dubbi non furon tolti dalla riportata discussione, e noi vogliam sapere quali sieno le clausole relative ai beni proibite, perchè attentano ai dritti del marito come capo; è da esaminarsi la questione sì pei beni propri del marito, che per quei della moglie, e pei beni comuni ad entrambi.

VI. — Pei beni del marito non vi può essere difficoltà; e bisognerebbe dichiarar nulla ogni convenzione, con la quale il coniuge attentasse al suo dritto di disporre o di amministrare i propri beni. Stipulare che il marito s'interdica di amministrare tutti o una parte dei suoi beni, o che rinunzi ad alienarli senza il permesso della moglie, sarebbe un distruggere l'ordine ed offendere la dignità maritale.

Pei beni propri della moglie non è così; i coniugi possono col maggiore arbitrio fare quelle convenzioni che stimano me-

(1) Tale sembra essere la dottrina messa innanzi dopo noi da Troplong (I, 61); che pure non esa-

mina i diversi lati della questione.

glio. Pure questa libertà non è assoluta. P. e. il contratto non potrebbe dare alla moglie il dritto di alienare i suoi beni, nè in tutto nè in parte senza l'autorizzazione del marito (o del giudice se quei si ricusi). Sotto qualunque regola anche sotto la separazione dei beni, o per i parafernali sotto la regola dotale, la moglie non potrà mai esser dispensata dell'autorizzazione, non ostante la falsa idea di Maleville nella succennata discussione. la quale idea è smentita dai testi formali della legge.

L'art. 1538 (T) per la separazione dei beni, l'art. 1576 (1389) per i parafernali della regola dotale dichiarano che la moglie non potrà esser dispensata dell'autorizzazione, *in alcun caso nè mercè stipulazione alcuna*. E siccome non si poteva con astuzia sottrarsi alla regola per mezzo di una generale autorizzazione avuta prima (con ciò si sarebbe preteso essersi rispettata la autorità maritale, dappoichè vi era stato un permesso chiesto dalla moglie, e accordato dal marito). Il legislatore riguardando quella autorizzazione come abdicazione del dritto e del dovere d'invigilare, e di valutare ogni alienazione che farebbe la moglie, espressamente dichiara (*ibid.*) nulla ogni generale autorizzazione data nel contratto di matrimonio o poi.

Ma se la moglie non può stipular mai il dritto di alienare i suoi beni senza speciale autorizzazione del marito, può bensì sotto qualunque regola stipulare invece quello di amministrarli e di goderne. Lo può in pria giusta i termini formali della legge o sotto la regola della separazione dei beni (art. 1536 (T)), o pei suoi beni parafernali secondo la regola dotale (art. 1577 (1389)). Or potendo in alcuni casi darsi alla moglie il dritto di amministrare e di godere i suoi beni, esso non è dunque legato alla qualità del marito, potendo essergli tolto senza che si attenti al suo primato come capo, nè è tra le regole d'ordine pub-

blico alle quali secondo l'art. 6 (7) non si può derogare nelle convenzioni. Un tal dritto adunque potrà esser dato alla moglie in tutti i casi, tanto sotto la regola di comunione o di esclusione di questa, quanto sotto la regola di separazione dei beni, o sotto la dotale (1).

Una tale convenzione può farsi sotto la regola di comunione. Beve è vero che di ordinario la stipulazione di comunione dà al marito l'amministrazione dei beni personali della moglie (art. 1428 (1399)); ed alla comunione il godimento di tali beni (art. 1401 (T), 2°); ma da ciò segue una modificazione al sistema di comunione prescritto dalla legge, e l'adozione d'una convenzionale comunione invece di quella legale.

Arroge potersi fare questa convenzione anche con la regola esclusiva di comunione; ma a togliere ogni equivoco e ad evitare una quistione di parole come quella che fanno parecchi scrittori in occasione della regola dotale, dobbiam fare la seguente osservazione. Se le parti dopo aver dichiarato che vogliono adottare l'esclusione della comunione, aggiungono che la moglie serberà l'amministrazione ed il godimento di tutti i suoi beni, tale stipulazione sarà validissima (perciò diciam noi questa clausola permessa ai coniugi che adottano la esclusione della comunione); ma non esisterà allora la semplice esclusione di comunione, bensì la regola della separazione dei beni. La differenza tra l'esclusione della comunione e la separazione dei beni si è, che l'amministrazione ed il godimento dei beni della moglie spetta al marito nel primo caso, alla moglie nel secondo (artic. 1533 e 1536 (TT)). Dunque allorchè il dritto di amministrare e di godere è riservato alla moglie solo per una parte dei suoi beni, può esistere la regola conosciuta sotto il nome di esclusione di comunione, ed i coniugi che danno un tal dritto alla moglie per

(1) Per la ragione medesima, può un terzo nel far donazione alla moglie in comunione imporre alla sua liberalità la condizione che la moglie am-

ministrerà e si godrà i beni donati (*Vedí* la spiegazione dell'art. 1543 (1356), n. III).

tutti i suoi beni, adottano con ciò la separazione dei beni, abbenchè abbiano potuto usare espressioni non proprie. Onde tutto prevedere aggiungiamo che se le parti avessero creduto dividere l'amministrazione dal godimento, con dire che adottano l'esclusione di comunione, ed in conseguenza la disposizione sulle rendite dei beni della moglie apparterrà al marito, ma pure l'amministrazione alla moglie, una sì strana clausola dovrebbe annullarsi come offensiva al marito, al quale interdirebbe l'amministrazione de' beni, di cui ha l'usufrutto.

Altra analoga osservazione riguardo alla regola dotale, non tra questa ed un'altra, ma tra i beni dotali ed i parafernali. Dopo essersi dalle parti adottata la regola dotale, e dichiarato che gli immobili appartenenti alla moglie le sono costituiti in dote, possono convenire che l'amministrazione ed il godimento di essi resteranno alla moglie; ma da ciò deriverà che gl'immobili che apparissero dotali saranno parafernali. Imperocchè sotto la regola dotale sono dotali i beni amministrati e goduti dal marito, e parafernali quelli amministrati e goduti dalla moglie (art. 1349 e 1362 (1362, 1389)).

« Cosa fa, dice Merlin, una donna, che maritandosi sotto la regola dotale si riserva i frutti dei beni da essa costituiti in dote? Dichiarare implicitamente che i beni costituiti in dote saranno dotali solo di nome, e che li possederà quali parafernali » (*Repertorio*, alla parola *Dote*, § 5, III).

Come adunque spiegare la controversia su ciò tra Tessier (tom. 1, pag. 86) che crede nulla la stipulazione con cui la moglie si riserva l'amministrazione dei beni costituiti in dote, e Paolo Pont e Rodière

(1, 64) che la sostengono valida? Non hanno entrambi ragione, e non è questo un equivoco? Non vi ha dubbio, la moglie può, dichiarando dotale l'immobile, riserbarsene la amministrazione e il godimento, e così Paolo Pont e Rodière han ragione; ma anche con tal riserva i beni qualificati dotali saranno parafernali, e Tessier non ha torto nel dire che la moglie non può avere la amministrazione dei beni dotali! Alla fine sarà una quistione d'interpretazione. Dove si potrà credere che le parti, quand'anche abbiano distinto gl'immobili dotali ed i parafernali, non hanno compreso il senso preciso della prima qualificazione e non avuto per veramente dotali gl'immobili, dovrà esser valida la clausola di amministrazione per la moglie, con dire che i beni qualificati dotali sono parafernali. Allorchè le parti riserbando l'amministrazione alla moglie, avrebbero espressa la volontà di una vera regola dotale, con dire p. e.: « Tali beni restano parafernali, tal'altri dotali, e perciò inalienabili, e sottoposti al godimento del marito, ma restando sotto l'amministrazione della moglie », allora, essendo forza riconoscere che gli immobili sono realmente dotali, bisognerebbe dichiarar nulla, perchè contraria al primato del marito, la clausola che ritoglie a questi l'amministrazione dei beni, le cui rendite gli appartengono. È dunque questa una quistione d'interpretazione, in cui dovesi decidere quali delle due clausole contraddittorie nel contratto debba prevalere; ciò decide chiaramente una decisione della suprema Corte (1).

Stabilito quel che riguarda tanto i beni propri del marito, quanto quei della moglie, parleremo ora dei beni ad entrambi

(1) Rig., 2 marzo 1838 (Dev., 37, 1, 193). — Il caso più difficile nel proposito è quello in cui i coniugi avrebbero solo per la inalienabilità dichiarato dotali gli immobili dandone alla moglie il godimento e l'amministrazione; di queste due clausole l'una di vera regola dotale, e che produce l'inalienabilità, l'altra di godimento e di amministrazione per parte della moglie, l'una a sentimento nostro deve necessariamente venir meno; perchè se l'amministrazione e i lucri dei beni restano alla moglie, essi non sono dotali, perciò non possono essere

inalienabili. Dunque una delle due clausole deve cancellarsi; ma quale, supposto che tutto insieme il contratto non manifesti se le parti mettano più importanza all'una che all'altra? Noi avvisiamo che in parità di cose debba cancellarsi quella d'inalienabilità perchè è semplicissimo il dritto di amministrare la moglie i suoi beni, mentre la inalienabilità dei beni è una regola esorbitante rigorosissima, e che deve ammettersi con maggiore difficoltà.

comuni, sì per la comunione propriamente detta, che per la semplice società d'acquisti, comunione più ristretta che può stare con la regola dotale o con altra. Per questi beni comuni potrebbesi convenire che per derogazione all'art. 1421 (T) la amministrazione sarà della moglie, o se non altro non potrà il marito alienare senza il consenso di lei? Non ostante quel che ne pensino in contrario Toullier (XII, 309), Duranton (XIV, 266) e Zachariae (III, p. 401, n. 1), non esitiamo a dir di no. Il marito è in tutto il rigore del termine il *capo* della comunione coniugale, il supremo direttore dei comuni beni; si violerebbero gravemente i dritti conferitigli dalla legge nella qualità di capo, ove si spogliasse del dritto di amministrazione, e si riducesse a chiedere al giudice il permesso di alienare, che gli verrebbe negato da sua moglie di già padrona! Come non vedere che il bisogno di chiedere il permesso dalla moglie, e rifiutato da questa, dal giudice, sarebbe umiliante e contrario alla dignità maritale! La regola sarà la stessa per i beni anche immobiliari messi in comunione con la moglie, quanto per quelli acquistati durante il matrimonio; dappoiché posti in comunione non appartengono più alla moglie, ed unitamente agli altri fan parte di quel fondo comune, di quella massa sociale di cui è capo supremo il marito.

Queste idee non son dubbie, e la contraria decisione di Zachariae è senza motivo nè formale, nè implicito; la ragione che ne danno Toullier e Duranton è sull'idea falsa e respinta nel n. V che colle parole *dritti appartenenti al marito come capo*, la legge intenda parlare dei dritti *sulla persona* della moglie o dei figli; i nuovi scrittori, i quali trattano tal materia, abbracciano la dottrina da noi professata (1).

Diciamo in fine, che gli sposi non potrebbero nè sotto la forma di un mandato, nè in tutt'altro modo dar dritti alla moglie che non possono appartenere. In tal modo potrebbe il marito senza dubbio al-

cuno, tanto nel contratto di matrimonio, che in un atto posteriore, dare alla sua moglie il mandato di vendere per lui tali e tali beni che gli son propri, o che appartengono alla comunione, o darle l'amministrazione di una parte o di tutti i beni comuni o di proprietà di lui; ma tali procure dovranno esser sempre momentanee, revocabili; e qualunque mandato che alla moglie darebbe irrevocabilmente per tutto il tempo del matrimonio, un dritto che è solo del marito sarebbe nullo, dappoiché allora costui per una costituzione di semplice mandatario si spoglierebbe dei dritti di cui dev'esser sempre rivestito.

VII. — La seconda classe dei dritti ai quali secondo l'art. 1388 (1342) non si può derogare con le clausole del contratto, racchiude giusta il testo quelli conferiti al *superstite* dei coniugi con i due titoli della *Patria potestà e della Tutela*. Ma poichè Zachariae ha abusato dell'espressione troppo ristretta, crediamo importante osservare che quella maniera non è del tutto compita, mentre la legge ha voluto dire *agli sposi o al superstite di essi*. Giudaicamente argomentando dalle parole dell'articolo, Zachariae (III, p. 401, n. 3), conchiude esser permesso di rinunciare col contratto al dritto d'usufrutto che spetta durante il matrimonio al padre o alla madre, sui beni dei loro figli, minori di diciotto anni (art. 384 (T), n. II). La sua logica è questa: « La prima parte dello art. 1388 (1342) parla dei dritti relativi alla *persona* della moglie e dei figli, o relativi ai beni *dei coniugi*; essa non tratta di quei che riguardano i beni dei figli. Da altro lato occupandosi la seconda parte di tutti i dritti che si riferiscono ai figli, quanto alla loro persona, quanto ai beni, abbraccia solo quei dritti conferiti *al superstite* dei coniugi. Nè l'una nè l'altra regola adunque comprende l'usufrutto legale *durante il matrimonio* ».

Unitamente a Rodière e Paolo Pont si può rispondere a Zachariae, che sarebbe impossibile di spiegare il perchè ed il co-

(1) Taulier (V, p. 85); Rodière e Paolo Pont (I, 61); Troplong (*Matr.*, I, 64).

me si possa rinunciare al dritto di usufrutto legale durante il matrimonio, nel mentre non si può al dritto esistente dopo il matrimonio e pel superstito! Ma altra risposta rende anco più evidente l'assurdità di adottare una tale giudaica interpretazione. Siccome la prima parte dell'articolo si occupa solo dei dritti risultanti dalla *potestà maritale* e consacrati dal titolo del *Matrimonio*, non di quelli scritti nel titolo della *Patria potestà*; e d'altro lato la seconda parte si occupa soltanto dei dritti di patria potestà per ciò che concerne il *superstite*, ne segue che i coniugi possono rinunciare con le loro convenzioni al dritto di correggere i figli durante il matrimonio, e che solo un tal dritto non può rinunziarsi per il tempo che segue al matrimonio, e riguardo al superstito. Sarebbe il medesimo del titolo della *Tutela*; ed il padre che non potrebbe rinunciare al dritto di amministrare i beni dei figli, dopo la morte della madre e qual tutore secondo lo art. 390 (T), potrebbe rinunciare al dritto di amministrarli durante il matrimonio, come amministratore legale, e secondo lo art. 389 (312)! Quali contraddizioni!

Se la espressione *superstite* è stata usata dai compilatori (certo perchè riferendosi al tempo in cui l'esercizio dei dritti può appartenere sì al padre che alla madre, è parsa più propria a far comprendere che questa regola dell'articolo era dettata senza distinzione di sesso), ciò non esclude per nulla i dritti appartenenti ai coniugi nel corso della loro unione; la regola si applica a tutti i dritti conferiti al padre e alla madre (durante il matrimonio e poi) dai due titoli della *Patria potestà* e della *Tutela*.

Bisogna andar oltre, dappoichè la prima rettifica al testo della regola, la lascia ristretta di troppo, e dev'essere seguita da altra che più la estenda. Infatti non è solo ai dritti dati ai coniugi o al superstito di essi coi titoli della *PATRIA POTESTÀ* e della *TUTELA*, che il contratto di matrimonio non può derogare. La moglie non potrebbe con tal contratto rinunciare al dritto di dare o negare il suo consenso. dopo la morte del marito al matrimonio dei suoi figli, o alla

loro adozione.

Pure tai dritti non sono dati nè dal titolo della patria *POTESTÀ* nè da quello della *TUTELA*; sono essi scritti l'uno nel titolo del *Matrimonio*, l'altro in quello dell'*Adozione*. Per ispiegare il pensiero della legge bisogna dire adunque che questa parte di esso vieta di derogare ai dritti derivanti *pei coniugi* o il superstito di essi; *dalla potestà patria*, o dalla *potestà tutelare* (senza si distingua in qual titolo del Codice sono tali dritti).

Secondo questa regola il padre non può rinunciare al dritto di correzione o a quello di usufrutto legale che dovrebbe esercitarsi durante il matrimonio, nè all'altro da esercitarsi dopo lo scioglimento; nè rinunciare al titolo di amministratore legale, nè a quello di legittimo tutore; la madre non può nemmeno nei casi eccezionali che possono darle vivente il marito i dritti di amministrazione, di correzione e d'usufrutto, nè rinunziare a quello di consentire alla adozione o al matrimonio dei figli dopo la morte del marito, uè al dritto di consentire alla loro emancipazione. Non importa se il dritto è scritto in tale o tal altro titolo, se esercitarsi dal marito o dalla moglie durante il matrimonio, o seguito lo scioglimento: trattandosi di uno degli attributi o della patria potestà propriamente detta, o di quella tutelare data ugualmente dalla legge (conseguenza per i coniugi della patria potestà), il dritto non è sottoposto alla privata convenzione delle parti, ma invariabilmente è stabilito dalle disposizioni della legge; qualunque convenzione su di ciò nel contratto del matrimonio sarebbe come non avvenuta.

VIII. — Infine, dal nostro art. 1388 (1342) non è permessa alcuna eccezione alle varie disposizioni proibitive del Codice Napoleonico. Fra le quali gli art. 791 (708) per cui è vietato di rinunciare ad una persona ancora vivente; 1097 (1031) per cui è vietato ai coniugi di farsi durante il matrimonio reciproche liberalità con un medesimo atto; 1399 (1395) per cui è vietato di stabilire che la comunione deve cominciare in un giorno altro che quello della celebrazione civile del matrimonio; 1422

(T) per cui è interdetto al marito di disporre a titolo gratuito degli immobili della comunione o di una quota delle sue cose mobili; 1454 (1419), per cui non è permesso alla moglie di rinunciare alla comunione, quando abbia preso alcuna cura nei beni di essa; 1521 (T) per cui è proibita qualunque convenzione che ad uno dei coniugi assegni nella divisione della comunione una parte del passivo non in proporzione alla parte dello attivo, ecc. ecc. Sarebbe inefficace qualunque clausola del contratto di matrimonio con cui i coniugi volessero sottrarsi ad una di coteste disposizioni proibitive; fra le quali è pur quella dell'articolo 1389 (1343).

IX. — L'art. 1389 (1343) vieta ai coniugi tutte le clausole che cambierebbero l'ordine legale delle successioni, sì quanto ad essi nella successione dei loro discendenti (col dire a mo' di esempio, discordando dall'art. 746 (668-669) che la successione dei figli o nipoti passerà al padre per intero escludendone la madre, o che saranno del padre due terzi o i tre quarti, e della madre soltanto l'altro quarto o l'altro terzo, o quanto ai discendenti tra loro (stipulando che il più grande dei figli succederà solo o per una maggior parte di quella dei suoi fratelli e sorelle agli altri figli che morrebbero; il che sarebbe contrario agli art. 750 e 752 (672 e T)). E quantunque l'articolo riguardi soltanto esplicitamente le successioni dei discendenti, il divieto se ne estende a tutte le altre da qualsiasi persona provengano. Non si potrebbe adunque dire che il più grande dei figli succederà solo o per una porzione maggiore degli altri, al padre, alla madre, al tal parente paterno o materno.

Ciò non impedisce in nulla le donazio-

ni (l'articolo formalmente lo dichiara), le quali nei limiti e sotto le regole richieste dalla legge, potranno esser fatte o nel contratto di matrimonio o durante questo sì dall'uno dei coniugi all'altro, sì dai coniugi o dall'uno di essi, all'uno o a molti dei figli nati dalla loro unione, o anche dai terzi ai coniugi. Tutte queste donazioni si permettono. E non solo ogni coniuge serba il dritto di volgere dall'ordine ordinario delle trasmissioni per successione, una parte del suo patrimonio (la disponibile) con liberalità fatte all'uno dei figli, o al coniuge, ma non potrebbe rinunciare a un tal dritto nel contratto di matrimonio; dappoichè le private convenzioni non possono creare una incapacità non istabilita dalla legge, siccome non possono distruggere quella dalla legge imposta. Taulier (V, p. 20) decide altrimenti per le liberalità fatte tra coniugi durante il matrimonio; le quali liberalità si riguardano con diffidenza per l'ascendente da cui possono derivare; ma il legislatore ha posto a ciò rimedio dichiarando che in questo caso sarebbero sempre revocabili le donazioni fra vivi, anco all'insaputa del beneficiato, come i semplici testamenti (articolo 1096 (1050)); e sarebbe non solo contrario alla legge, ma anche alla ragione il permettere ad un coniuge imprevedgente di togliersi la facoltà fosse pur ricco di beneficiare poi un coniuge degno e povero: l'idea di Taulier è respinta dagli scrittori e dalle decisioni (1).

N. B. L'art. 1390 (1344) fa altra proibizione ai coniugi; ma siccome la sua disposizione ha per iscopo non più le stipulazioni che possano farsi, ma solo il modo di farle ci par naturale spiegarlo nel paragrafo seguente.

§ 2. — *Regole diverse. Modo di adottarle. Di combinarle. Regola di dritto comune. Precauzioni contro la regola dotale.*

1390 (1344). — Non è più permesso agli sposi di stipulare in un modo generico, che la lor società sia regolata da una delle consuetudini, leggi o statuti locali, che

(1) Toullier (XIII-18); Bellot (*des Minières*, tom. I, p. 16), Zachariae (III, p. 404); Rodière e Paolo

Pont (I-73). — Rig., 31 luglio 1809; Rig., 15 luglio 1812.

per lo addietro erano in vigore nelle diverse parti del territorio francese, e che dal presente Codice sono state abrogate.

1391 (1345 M).—Possono però dichiarare in modo generico che è loro intenzione di maritarsi o colle leggi della comunione, o colle leggi dotali.

Nel primo caso, i diritti degli sposi e de' loro eredi saranno regolati dalle disposizioni del capitolo II di questo titolo.

Nel secondo caso, i loro diritti saranno regolati dalle disposizioni del capitolo III.*

1392 (1346 M).—La semplice stipulazione con cui la moglie si costituisce o le vengono costituiti dei beni in dote, non ba-

sta perchè sieno questi beni sottomessi al regime dotale, se nel contratto di matrimonio non siasi fatta sopra di ciò un' espressa dichiarazione.

Parimente non risulta che gli sposi si sieno sottomessi al regime dotale colla semplice dichiarazione da essi fatta di maritarsi senza comunione, ossia di rimanere separati di beni.**

1393 (1347 M).—In mancanza di stipulazioni speciali che derogano al regime della comunione o che lo modificano, le regole stabilite nella prima parte del capitolo II formeranno il diritto comune della Francia.***

SOMMARIO

- I. I coniugi non possono stabilire le loro convenzioni riportandosi semplicemente ad una antica consuetudine; e nemmeno con una regola particolare. Errore di Toullier.*
- II. Possono bensì rimettersene semplicemente al testo del Codice o indicar soltanto il nome delle regole da esso prescritte.*
- III. Per essere governati da una regola diversa della comunione legale, e singolarmente da quella dotale, fa di bisogno che su di ciò sia espressa la volontà delle parti,*

ma non con termini sacramentali; si dis-sente dal più degli scrittori.

IV. Possono combinarsi molte regole specialmente, la comunione e la regola dotale.

V. La Comunione è la regola del dritto comune. In qual caso essa governa.

VI. Spiegazione dell'ultimo paragrafo dell'articolo 1391 (1345 M) e delle altre aggiunzioni fatte al Codice Napoleone dalla legge del 10 luglio 1850.

I. — Nel sostituire alle tante consuetudini che della nostra legislazione formavano un mosaico, le uniformi regole del Codice Napoleone; il legislatore non potea permettere ai coniugi il far rivivere col loro contratto le tolte consuetudini. Dichiarò egli perciò nulla ogni frase con cui i coniugi in un modo generale, intendano adottare o l'intero sistema dell'antica consuetudine, o la regola di tale articolo, di tale con-

suetudine. Sarebbero nulle dunque le clausole con cui i coniugi dichiarassero, senza altrimenti spiegarsi, di sottoporsi al sistema dell' antica consuetudine di Normandia, ovvero di doversi fare l'impiego del prezzo dei beni venduti dalla moglie secondo la regola dell' articolo 43 dell' antica consuetudine di Bretagna (cioè in terre e non in case). In questi due casi infatti non trovasi nè nel contratto nè nel

* Il nostro art. 1345 è così concepito:

« Possono però dichiarare in modo generico, che è loro intenzione di maritarsi o colle leggi dotali, o colle leggi della comunione.

« Nel primo caso i loro diritti saranno regolati dalle disposizioni del capitolo II di questo titolo.

— Nel secondo caso i diritti degli sposi e de' loro eredi saranno regolati dalle disposizioni del capitolo III di questo titolo.

** Il nostro art. 1346 è così concepito:

« Il silenzio dei contraenti, quando non vi sia

affatto dote, o la semplice stipulazione con cui la moglie si costituisce, e le vengono costituiti dei beni in dote, basta perchè sieno questi beni sottoposti alla regola dotale, tuttochè nel contratto di matrimonio non siasi fatta sopra di ciò un' espressa dichiarazione.

*** Il nostro art. 1347 è così concepito:

« In mancanza di stipulazioni speciali che derogano alla regola dotale, o che la modificano, le regole stabilite nel capitolo II formeranno il diritto comune del regno.

ravvicinar questo al Codice Napoleone, la idea dei coniugi che dee trovarsi nella indicata consuetudine. Il legislatore tolse via il bisogno di ricorrere alle consuetudini e studiare i testi e discuterli come regole legali.

Toullier (XIII-7) ha commesso un gran fallo e mal interpretato le parole di *un modo generale*, nel dire che proscriveano il rimando al sistema d'una consuetudine, ma permettevano quello fatto alla particolare disposizione di uno degli articoli di essa. Bisognerebbe adunque serbare i testi delle consuetudini e riscontrarli per conoscere la disposizione di un articolo isolato, di cui il contratto non ispiega la regola, e per conoscere tutte insieme le regole della cennata consuetudine; che l'indicazione dei testi o delle consuetudini è fatta o no di un modo generale nel senso dello art. 1390 (1344) secondo essa pone o no nella necessità di ricorrere a quei testi per comprendere l'atto; che la generalità della indicazione importa non spiegare la regola cennata, e non già non estendere le disposizioni alle quali si rimanda. A ragione adunque l'interpretazione di Toullier è condannata dalla dottrina e dalla giurisprudenza (1).

Sarebbe validissima la clausola se i coniugi avessero non solo indicato una consuetudine o un articolo di essa, ma formalmente espresso il loro intendimento; se per grazia di esempio, detto prima che il reimpiego dovrà farsi secondo il tale articolo di quella consuetudine, aggiungano cioè *in terre*.

In breve la clausola è o non è generale, e quindi nulla o valida, secondo che per essa si sia costretto o no a riscontrare i testi consuetudinari, i quali in tal modo si

rendono perpetui (2).

II. — Se è proibito di stabilire le convenzioni matrimoniali con un rimando puro e semplice alle nostre antiche consuetudini (non essendo più testi che legalmente esistono), è invece permesso stabilirle rapportandosi nell'istesso modo al Codice Napoleone. Due futuri coniugi potranno fare il loro contratto di matrimonio in unico rigo semplicemente dicendo e senza spiegazione che adottano la regola di comunione (o la dotale o quella che esclude la comunione, o l'altra della separazione dei beni), tal quale è nel Codice, o dicendo senza pur cennare il nome della regola, che adottano il sistema presentato dal Codice in tale articolo fino a quell'altro. Un tal contratto benchè laconico sarebbe validissimo, dappoichè è più che bastevole il semplice rimando ad un testo legale.

Ciò dichiarasi dall'art. 1391 (1345) che pur si esprime in un modo inesatto ed incompleto, dicendo che dai coniugi possono adottarsi o la regola della comunione o la dotale, e che i loro dritti sono nel primo caso regolati dal cap. II del nostro titolo, e dal III nel secondo caso. Senza parlare di comunione convenzionale alle due regole di comunione e di regola dotale, bisogna aggiungere l'esclusione di comunione e la separazione dei beni; che la comunione regolata dalla legge non lo è da tutto insieme il capitolo secondo, ma solo dalla prima parte di questo, discorrendosi nella seconda (oltre alla convenzionale comunione) le due regole che il nostro articolo passa a torto sotto silenzio, e possono esser adottate sì col loro nome, che senza, e con un semplice rimando agli articoli che le stabiliscono (3).

III. — Se i coniugi hanno la libera scelta

(1) Duranton (XIV-3); Zachariae (III, p. 406, n. 14); Duvergier (su Toull., loc. cit.); Paolo Pont e Rodière (I, 74); Troplong (I, 438); Poitiers (16 marzo 1826); Grenoble (6 giugno 1829); Rig., 28 agosto 1833 (Dev., 33, 1, 744). Vedi pure rig., 22 gennaio 1845 (Dev., 45, 1, 439).

(2) La quale ragionevolissima regola deve certo applicarsi ad ogni sorta di atto e massime ai testamenti. Per essa si spiegano e conciliano due decisioni di rigetto, l'una dei 19 luglio 1810 che di-

chiara valido il testamento, in cui senza risencontrare la consuetudine a cui il testatore si era riferito, poteasi conoscere la volontà di lui, l'altra dei 23 dicembre 1828 che dichiara nullo un testamento, in cui non poteva comprendersi la volontà del testatore senza riportarsi alla consuetudine. Han torto dunque Zachariae, Duvergier, i quali tenevano tali decisioni come opposte l'una all'altra.

(3) Vedi Rodière e Paolo Pont (I, 1, n. 78).

tra le cinque regole di comunione legale, comunione convenzionale, esclusione di comunione, separazione di beni, e regola dotale, e se possono adottare (meno la comunione convenzionale per la cui indole medesima non può in quel modo adottarsi) con connare soltanto il suo nome o con un semplice rimando ai testi legali, possono anco adottarle (senza porre il suo nome nè rimandare ai testi) indicando più o meno largamente i suoi caratteri. Ma debbono allora servirsi di termini chiari e che manifestino le loro volontà; dappoichè celebrato il matrimonio non sarebbe loro più permesso nè di correggere di comune accordo l'atto onde renderlo più intelligibile nè ricorrere a prove testimoniali o a circostanze di fatto onde chiarire la loro idea; e nel dubbio che sorgerebbe da un contratto mal fatto intorno alla regola che si è voluto adottare, alla comunione legale sarebbero sottoposti i coniugi non ostante che diversa sia stata la loro idea (1), perchè la regola del dritto comune, è quella attribuita dal legislatore a tutti coloro che non istabiliscono altre regolari ed efficaci convenzioni (art. 1393 (1347)).

Necessario che le parti manifestano formalmente la loro volontà soprattutto per la regola dotale, di cui gli effetti sono più rigorosi e davvero esorbitanti, poichè mette gl' immobili della moglie fuori commercio dichiarandoli inalienabili.

Bisogna, dice la legge, una dichiarazione espressa. Non basterebbe, lo dice pure la legge, una clausola con cui fosse dichiarato che i tali beni son costituiti in dote alla moglie, o da sè stessa o da altri. Siccome il sostantivo *dote* si usa comunemente e dai giureconsulti e dalla stessa legge (art. 1443-1540 (T, 1353)), a dinotare i beni che reca la moglie maritandosi sotto qualsivoglia regola, e tanto in quella di comunione, che in quella dotale, così non bastava la sola dichiarazione che i tali beni costituiscono la dote della moglie onde ritenerli sotto la regola dotale. Parimente, quando si dichiarava che i con-

iugi si maritavano senza comunione o separati di beni, non si poteva dire essersi adottata la regola dotale, perchè la esclusione della comunione e la separazione dei beni sono regole particolari, distinte dalla comunione; nè comprendiamo come i compilatori si sieno dati la pena di dire una cosa tanto semplice, mentre nel disegno loro la esclusione della comunione e la separazione di beni son posti come annessi della comunione e non hanno alcuna relazione con la regola dotale.

Ma se per esser governato dalla regola dotale è necessaria una clausola formale che non lasci alcun dubbio intorno all'intendimento delle parti, però non si richiedono termini sacramentali potendosi usare quelle parole e quelle maniere che meglio piacerà, purchè riesca chiara la volontà di essere governati dalla regola dotale.

Se dunque il mezzo più sicuro e insieme semplicissimo è di dichiarare che i coniugi seguono la regola dotale, indicando poi quali immobili della moglie si vogliano rendere dotali, rimanendo gli altri parafernali, può anche bastare il dire che gli immobili della moglie, o i tali di essi saranno governati dalla regola dotale ovvero avranno indole dotale, ovvero saranno soggetti alla inalienabilità dell' art. 1554 (1367) del Codice di Napoleone, ovvero che questi saranno dotali e gli altri parafernali, bastando si aggiunga alla clausola, per se insufficiente, che costituisce i tali beni in dote, o che i beni saranno in conseguenza inalienabili, o che essendo i beni dotali gli altri sono parafernali, il più degli scrittori ritengono non sufficienti tali espressioni. Merlin (Rep., alla parola *Dote*, § 2, numero 13); Toullier (XIV, numero 40-45); Tessier (I, pagina 7); Duranton (XV, numero 330 e 332); Odier (III, 1050) danno intorno a ciò delle spiegazioni ora molto stringate, ora molte lunghe, ma dalle quali tutte si può inferire che sieno necessarie le parole *regola dotale* onde seguirsi questa regola; cotalchè sarebbe quella una formola sa-

(1) Decisione della Corte di Torino del 13 luglio 1808.

gramentale che non potrebbe esser sostituita da qualsiasi altra. Così Duranton spiega distesamente che la regola dotale non potrebbe sorgere dal contratto in cui la moglie direbbe *costituirmi i tali beni in dote, i quali saranno quindi inalienabili, ovvero essendo dotali i beni costituitisi in dote*, gli altri saranno parafernali. Invero, secondo il dotto professore, la regola dotale non sorge dalla costituzione di una dote, siccome positivamente è detto dalla legge, ma non può sorgere nemmeno nè dal dichiararsi inalienabili i beni recati in dote, perocchè la inalienabilità e la regola dotale non sono strettamente la stessa cosa, nè dal dichiararsi dotali i beni, dacchè con ciò si ripete che sono recati in dote, nè dal riserbarsene la moglie dei parafernali, rispetto ai beni dotali, dacchè quella riserba non altro vuol dire, che la moglie conserva l'amministrazione dei beni, il che può stare tanto per la separazione dei beni, che per la regola dotale.

Ma ciò non è esagerato e quindi inesatto? E in prima stimiamo che i riferiti scrittori abbiano mal compreso il tenore dell'art. 1392 (1346), secondo il quale onde seguirsi la regola dotale non basta il dichiarar *semplicemente* che i tali beni sono costituiti in dote alla moglie. Ma se quella dichiarazione che per se non val molto (essendo ampio il senso della parola *dote*) sia accompagnata di una clausola che la spieghi; se si aggiunge, come conseguenza di essersi costituiti i beni in dote, che *saranno inalienabili*, ovvero gli uni *dotali*, e gli altri *parafernali*, allora la costituzione di dote non è *semplice* ma invece sviluppata, qualificata, e ciò esce tanto dei termini stessi dell'articolo, quanto dal suo spirito. E come non è manifesta la volontà di esser governati dalla regola dotale, quando costituita la dote le si imprime il carattere più spiccato di quella regola che è la inalienabilità dei beni; ovvero quando il contratto spiega che i beni costituiti in dote saranno realmente dotali, e gli altri parafernali? Se il sostantivo *dote* non ha un preciso significato, non è così

degli aggettivi *dotali e parafernali*, e se sempre si è parlato di *dote* sotto qualsivoglia regola, nella regola dotale soltanto si parla di beni *dotali e parafernali*. Per quanto singolare possa essere la differenza tra il soggetto e il corrispondente aggettivo, bisogna seguirla perocchè sic *rolet usus quem penes arbitrium est et jus et norma loquendi*.

Se, come fa Duranton, volessimo qui sostituire per il significato delle parole la regola di uno stretto ragionamento alla regola bizzarra alle volte (ma sempre sovrana) dell'uso, dovremmo, avendo già detto che la espressione *beni dotali* possa intendersi dei beni che restano governati dalla comunione perchè essa significa semplicemente *beni costituiti in dote* (e in qualsivoglia regola havvi una dote costituita), dovremmo dire che la espressione di *regola dotale* può del pari intendersi di qualsivoglia regola, perocchè essa importa regola nella quale si costituisce una *dote*. Così sarebbe forza confessare che non basti la dichiarazione delle parti di *volere adottare la regola dotale*.

È mestieri adunque ritenere che la espressione di regola dotale non è la sola che possa usarsi, sorgendo la regola dotale da ogni clausola con cui si manifesti chiaramente la volontà delle parti. Ciò è stato deciso da recenti decisioni citate da noi nel seguente numero, ed insegnato da Zachariae (III, p. 407) Rodière e Paolo Pont (II, 375, 376) e Troplong (I, 143, 160). Quest'ultimo, che al par di noi, combatte la esagerazione già abbandonata da Duranton e dagli altri, vi ricade poi egli stesso, sostenendo pure (n. 155) che l'aggettivo *dotale* non ha maggior valore del sostantivo *dote*; ma secondo noi è un equivoco che ci divide dal dotto magistrato.

Noi tenghiamo con lui che la parola *dotale* non ha sempre la significazione precisa della parola *parafernale* (n. 157), ma non possiamo negare che non abbia maggior forza della parola *dote*.

Se la parola si usa come semplice qualificazione incidente in una frase che parla di volo dei *beni dotali* della moglie, pos-

siano riconoscere che quelle espressioni significano soltanto *beni propri*, ma quando la parola costituisce per lo appunto l'oggetto della disposizione, quando si dice che *i tali immobili della moglie saranno dotali o d'indole dotale*, tal dichiarazione impera doversi adottare la regola dotale; senza di che si dovrebbe dire che le parole *regola dotale* sono per se sole insufficienti.

Troplong fa osservare che un'antica consuetudine del contado di Borgogna, nel suo art. 34 (e non 35, come egli dice), chiamava *dotali i beni propri* il che riscontrasi puro in taluni contratti; però quelle son qualificazioni incidenti, e la frase non è usata in senso dispositivo. Egli da ultimo allega una decisione di rigetto degli 11 lug. 1820 la quale non ha autorità, poichè conferma una decisione di Grenoble, che secondo lo stesso Troplong (n. 157), *deve rigettarsi senza alcuna restrizione* che sedici anni dopo, sarebbe stata certamente cassa, come al 1836 lo fu una decisione di Parigi di cui parleremo.

Per lo incontro la nostra dottrina viene nitidamente consacrata da una decisione di Caen del 1842 che più sotto anche citeremo.

IV. — Se sta nella scelta dei futuri coniugi lo adottare quella delle varie regole che più loro aggrada, potranno essi del pari adottarne varie stabilendo una per base della loro società aggiungendovi una o più regole che ad un'altra si addicano. Così, siccome adottando la regola dotale possono aggiungervi la piccola comunione per gli acquisti fatti durante il matrimonio, che ordinariamente si dice *società di acquisti* (art. 1581 (1394 M)), potranno del pari, adottando precipuamente la regola della comunione, sottomettere alla dotale i beni propri della moglie.

In ambi i casi coesisteranno la regola dotale e quella della comunione.

Però la regola dotale adottata in parte sarà governata dalle medesime regole come

se fosse seguita per intero, cioè ne dovrà essere espressa la volontà, non richiedendosi a ciò termini precisi. Se le parti, dichiarato di adottare la regola della comunione, aggiungono che nondimeno gl'immobili della moglie saranno sotto il divieto di alienare e di ipotecare imposto dall'articolo 1554 (1367) del Cod. Nap., coesisteranno certamente la regola dotale, e quella della comunione; e bene a ragione la Corte suprema cassò una decisione di Parigi che avea dichiarata insufficiente questa clausola a rendere dotali i beni, e che avea autorizzato i creditori della moglie a ripetere sui beni di lei lo adempimento delle obbligazioni da essa contratte durante il matrimonio (1). Sarà pure così ove la moglie adottando la comunione stipuli che i beni di questa siano *dotali*; e giustamente così la pensò la Corte di Caen in una decisione dei 4 giugno 1842 (2).

V. — Abbiamo detto che in questi tempi la comunione è per tutta in Francia la regola di dritto comune da cui son governati tutti quelli che in un contratto regolarmente fatto non ne hanno espressamente un altro adottato; sicchè se le parti contraggono matrimonio senza contratto, o se questo sia nullo per vizio di forma o perchè si sia limitato a dire di adottare la regola stabilita dalla tale consuetudine antica, o se della oscurità con cui è scritto (V. art. 1399 (1353 M), n. IV), non possa conoscersi a quale regola si sieno voluti appigliare, in questi casi saranno sommessi i coniugi al sistema della comunione legale, secondo viene regolato dalla prima parte del capitolo II del nostro titolo (3).

Secondo queste regole dovranno fissarsi i punti speciali non previsti da un contratto di matrimonio. In questo, siccome in ogni altro atto, si dovrà senza dubbio ricercare la comune intenzione delle parti, interpretando e completando le varie clausole le une coll'altra e con tutto l'atto insieme; che se non ostante tali ricerche resterà

(1) Cass., 24 agosto 1836; J. P., 1837, t. I, pagina 117.

(2) J. P., 1843, t. I, p. 44.

(3) V. Paoletti Pont e Rodiere (t. I, n. 32), e Troplong (t. I, n. 18, e seg.).

alcun punto dubbio, sarà questo governato dalla regola di dritto comune.

VI.—Alcune disposizioni aggiunte al Cod. Napoleone dalla legge dei 10 luglio 1850; di cui la precipua è l'ultimo paragrafo dell'art. 1391 (1345 M) porgono ai terzi, che contraggono con una donna maritata sotto la regola dotale, un mezzo onde scansare un pericolo a cui dapprima andavano incontro.

Potendo sotto la regola dotale, la moglie e i suoi rappresentanti far rinvocare qualunque alienazione od obbligazione sui beni dotali, spesso avveniva, che una donna maritata sotto la regola dotale vendesse od obbligasse i suoi beni facendosi credere come maritata senza contratto, e perciò sotto la comunione legale, e capace pienamente, autorizzata dal marito, ad ipotecare ed alienare tutti i suoi beni. Un doppio inconveniente sorgeva dal non potere i terzi raccettarsi di una siffatta dichiarazione della moglie: da un lato i terzi che a lei avevano aggiustato loro fede, si esponevano al pericolo della esibizione del contratto, di cui si era dissimulata la esistenza, della revoca dell'atto dalla moglie sottoscritto, di essere in tal modo spogliati; dall'altro i coniugi che realmente erano maritati senza contratto, si esporrebbero a non poter profittare delle loro qualità di coniugi in comunione, non potendo più i terzi contrarre con loro per tema di non essere ingannati da una dichiarazione di cui era impossibile provar la verità. E giusto per porvi un argine la legge del 10 lug. 1850 fece varie aggiunzioni al Codice che formano: 1° la seconda frase dell'art. 75; 2° i due ultimi paragrafi dell'articolo 76; 3° l'ultimo del nostro art. 1391 (1345 M); 4° in fine i due ultimi dell'articolo 1394 (1348 M).

Ecco il risultamento di queste nuove disposizioni. — In prima, ogni notaro che riceve un contratto di matrimonio, deve lasciare alle parti in carta libera, e senza

spese un certificato, che indichi i suoi nomi, la residenza, i nomi, le qualità e le dimore dei coniugi, la data del contratto, il quale certificato dev' essere rimesso all'uffiziale dello stato civile pria che si celebri il matrimonio. Similmente per informare i coniugi tanto della consegna che debbono fare del certificato all'uffiziale dello Stato civile, che per la conseguenza, che ne verrebbe da una falsa dichiarazione, dovrà dar loro lettura, e delle disposizioni dell'art. 1394 (1348 M) e dell'ultimo paragrafo del nostro art. 1391 (1345 M). Di questa lettura si dovrà far menzione nel contratto di matrimonio sotto pena di 10 fr. di ammenda contro il notaro (art. 1394 (1348 M)) (1).

L'uffiziale dello stato civile, alla celebrazione del matrimonio, gli si presenti o no dai coniugi un certificato a quel modo formato, dovrà interrogare i coniugi, non che le persone che autorizzano il matrimonio, se presenti, se si sia fatto un contratto di matrimonio, e se di sì, la sua data, non che i nomi e il luogo della residenza del notaro che l'ha steso (articolo 75). La dichiarazione verrà enunciata nell'atto, sotto pena dell'ammenda stabilita dall'art. 50 (52) del Codice Napoleone; e nel caso in cui sarà omessa ovvero inesatta, il procuratore imperiale (oltre il diritto accordato alle parti interessate dall'articolo 99), potrà domandarne d'ufficio la retifica (art. 76).

Infine, adempite queste precauzioni, la legge vuole, che se nell'atto della celebrazione si dirà non esservi contratto, e se la moglie negli atti con un terzo non faccia una dichiarazione in contrario, in riguardo di questi sarà riputata capace di contrarre, conforme al dritto comune.

Stabiliamo con precisione il senso di questa disposizione, e vedremo, da un lato, sotto quali condizioni si ottenga l'effetto indicato, e dall'altro, se esso sia giusto. — Due condizioni si richiedono. Bisogna

(1) La pena stabilita dalla legge deve applicarsi al notaro che redige un atto addizionale, o modificativo di un contratto di matrimonio, che non darebbe lettura alle parti dell'ultimo paragrafo del-

l'art. 1391 (1345 M) come anche dell'ultimo dell'articolo 1394 (1348 M) nè farebbe menzione della lettura nel suo atto. Parigi, 10 genn. 1856 (Devill., 56, 2, 101).

in prima che l'atto di matrimonio indichi di essersi i coniugi maritati *senza contratto*; non bastando il tacerne; sicchè il terzo, avuto riguardo al silenzio dell'atto su quel punto, sappia che esso è incompleto, e si guardi dal contrarre coi coniugi, finchè questi non abbiano rettificato e completato l'atto di celebrazione. Anzi, se un sindaco (*maire*), non molto culto, e che mal comprenda l'obbligo impostogli dalla legge del 1850, abbia creduto dover enunciare la regola che si stabilisce nel contratto, e l'atto, sia per frode e per errore, dichiarerà che gli sposi abbiano fatto un contratto sotto la regola della comunione, mentre che essi stanno sotto la dotale; il terzo, non ostante la dichiarazione che potrà far la moglie di esser maritata in comunione, non avrebbe diritto ad invocar la disposizione di cui si parla, andrebbe soggetto alle conseguenze della regola dotale. La legge non ha voluto informare il terzo sulle disposizioni del contratto, ma solo sulla esistenza o inesistenza di esso: saputosi da lui di essersi fatto un contratto, egli non deve punto contrarre se non ne abbia prima ricevuta dai coniugi una spedizione; ed egli può invocare la nostra benefica disposizione, solo quando è stato ingannato sull'esistenza del contratto, quando ha creduto non esserle, mentre ve n'era uno che rendeva incapace la moglie di alienare od ipotecare la sua dote. Bisogna adunque in prima che si indichi nell'atto la mancanza del contratto. Inoltre è necessario che tale asserzione non sia smentita da una dichiarazione contraria, fatta nell'atto tra la moglie e il terzo; perocchè se in quest'atto la moglie o il marito, benchè la legge in quanto a quest'ultimo non lo dica (poichè l'effetto è identicamente lo stesso, e il marito altronde si può sempre considerare come se parlasse in nome della moglie) avessero dichiarato di esistere un contratto, non potrebbe più lagnarsi il terzo di essere stato ingannato; conoscendo di esservi un contratto, doveva farselo esibire dai coniugi. Del resto, la è una dichiarazione che la legge richiede nell'atto colla moglie, nè

si dovrebbero ammettere i coniugi a provare che il terzo ne è stato avvertito fuori dell'atto. Dovendosi la dichiarazione scrivere nell'atto di matrimonio, è naturale che la contraria si faccia pure nell'atto consentito fra la moglie e il terzo; a togliere nuovi ostacoli, ben a ragione si volle la dichiarazione negli atti con cui la moglie contrae. Poco poi importerebbe se essa si faccia nel medesimo od in un atto separato; ma è necessario, ed è nel pensiero del legislatore, che si faccia ufficialmente in iscritto, in occasione del contratto da fare.

L'effetto che produrrà la dichiarazione di non esser contratto, contenuto nell'atto di matrimonio non smentita da una contraria fatta in un atto posteriore, è men largo di quel che alcuni han creduto. Esso, che è semplicemente relativo e sorge solo rispetto al terzo che contrae coi coniugi, non lo abilita già a riguardare la moglie, per l'esecuzione del suo contratto, in comunione di beni mentre che non lo è, ma semplicemente come capace di contrarre o di alienare autorizzata dal marito (siccome lo può per diritto comune) benchè stesse sotto la regola dotale che la priva di tal facoltà. — La legge, rispetto al terzo che è stato ingannato, e per quanto concerne l'adempimento del suo contratto, non invalida già qualunque clausola che deroghi alla regola di dritto comune, alla comunione legale, ma solo quella che rende inalienabili i beni della moglie, e che in conseguenza rende nulla l'alienazione o l'obbligazione consentita dalla moglie, anche assistita dal marito. — Così, per esempio, se io tolgo in affitto un fondo della moglie da un marito, che si diceva maritato senza contratto, e che tale appare dall'atto di celebrazione; se quella dappoi pruovi di esser maritata in separazione di beni, e domandi la nullità dello affitto, io non mi vi posso opporre, nè pretendere che ella sia trattata come se fosse in comunione di beni. Il legislatore non ha inteso parlar di tali casi; egli ha voluto che il terzo, trattandosi di estensione maggiore o minore dei dritti reciproci del marito e della mo-

glie, come un facile mezzo di garanzia, richieda le firme dell'uno e dell'altra. Ma se una moglie che si faccia credere, ed ugualmente appaia dall'atto di matrimonio come maritata senza contratto, ed in conseguenza in comunione legale, mentre è soggetta alla regola dotale secondo il contratto, mi venda, assistita dal marito, uno dei suoi immobili dotali, o in garanzia del prestito fattomi me lo ipotechi, o si obblighi verso di me in modo che gli stessi immobili debbano garantirmi, solo allora potrà invocare il beneficio dell'art. 1391 (1345 M)

e far dichiarar validi, non ostante la regola dotale, i contratti consentiti da me colla moglie debitamente autorizzata. Qui ha luogo la novella disposizione dell'articolo 1391 (1345 M) che dico doversi, secondo le condizioni indicate, riputare la moglie, rispetto ai terzi, *capace di contrarre nei termini del dritto comune*, cioè capace di alienare tutti i suoi beni, ipotecarli, od obbligarli, autorizzata dal marito o dal magistrato, come se fosse maritata in comunione legale (1).

§ 3. — *Forme e redazione del contratto. — Cambiamenti. — Controscritture.*

1394 (1348 M). — Le convenzioni matrimoniali saranno stese, prima del matrimonio, in un atto avanti notaro.*

tutte le persone che sono state parti nel contratto di matrimonio.

1395 (1349). — Esse non possono ricevere verun cambiamento dopo la celebrazione del matrimonio.**

1397 (1351). — Ogni cambiamento o controscrittura; quantunque rivestiti delle forme prescritte nel precedente articolo, saran senza effetto riguardo a' terzi, se non sieno stati stesi a più della minuta del contratto di matrimonio; ed il notaio non potrà, sotto pena de' danni ed interessi verso le parti, e, dove occorra, sotto pene più gravi, dar fuori, nè le copie autentiche di prima spedizione, nè le ulteriori del contratto di matrimonio, senza trascrivere in fine il cambiamento o la controscrittura.

1396 (1350). — I cambiamenti che vi fossero fatti prima della celebrazione del matrimonio, debbono esser comprovati da un atto stipulato nella medesima forma del contratto di matrimonio.

In oltre nessun cambiamento o controscrittura è valida, quando sia fatta senza la presenza ed il simultaneo consenso di

SOMMARIO

1. Il contratto deve farsi innanzi al notaro con

minuta. La presenza del secondo notaro

(1) Lo scopo della legge, rispetto ai terzi, qui non è altro che di informarli solo che *esista o non esista un contratto*, difendendoli dalla falsa dichiarazione fatta dai coniugi maritati sotto la regola dotale. So dunque essa si occupa tanto di fare indicare nell'atto di celebrazione la data del contratto, i nomi e la residenza del notaro che l'ha steso, essa lo fa semplicemente nello interesse dei coniugi e del loro figli, perchè possano sempre trovare il contratto. — Il qual provvedimento specialmente giova moltissimo ai figli, morti che sieno i genitori.

* Il nostro articolo 1348 è così concepito:

« Tutte le convenzioni matrimoniali saranno formate con atto innanzi notaro prima del matrimonio; salvo ciò che è prescritto nell'art. 1356.

— Una promessa di dote contenuta in privata

scrittura, è valida ne' rapporti tra il dotante e la dotata. Corte suprema di Napoli, 19 gennaio 1839.

— La costituzione della dote non può provarsi mai per testimoni benchè si tratti di somma non maggiore di duenti cinquantu, C. S. di Napoli, 11 gen. 1833.

** La disposizione della legge che ordina di diversi fare le convenzioni matrimoniali con atto innanzi notaro prima del matrimonio, e che dopo la celebrazione del medesimo non possono ricevere cambiamenti alcuno, non si estende ad una semplice dilazione data dal marito per lo pagamento della dote. E la invalidità, se nell'intervallo si pregiudicassero gl'interessi della moglie, non potrebbe mai esser dimandata dal marito. C. S. di Napoli, 18 nov. 1851.

o dei testimoni non si richiede a pena di nullità.

II. Non può farsi nè modificarsi durante il matrimonio. *Errore di Toullier.*

III. Pria del matrimonio vi si possono fare dei mutamenti, ma con condizioni determinate. Le donazioni fatte dai terzi ai coniugi non sono riputate mutamenti nel contratto. Secus delle convenzioni con le quali sostituiscesi ad una clausola dubbia del contratto una più chiara. *Inesattezza di Rodière e Paolo Pont.*

IV. Il mutamento è valido anche tra coniugi adempienti alle forme richieste per il contratto e col consenso di tutti quei che vi

sono stati parti: fra i quali comprendonsi gli ascendenti, il cui consiglio è necessario ai fidanzati: si dissente da molti scrittori. Tutte queste parti devono esser presenti, e consentire insieme. Errore di Malleville, Toullier e Battur.

V. Riguardo ai terzi il cambiamento è valido se fatto in seguito della minuta del contratto. Il notare che ne rilascerebbe una copia senza unirvi quella del mutamento, dovrebbe rispondere dei danni interessi verso i terzi lesi; il mutamento però non sarebbe per essi nullo. *Errore di Toullier. Osservazioni su di una inesattezza di Rodière e di Paolo Pont.*

I.—L'atto con cui si stabiliscono le convenzioni matrimoniali deve firmarsi pria del matrimonio; non potendo, dopo la celebrazione, venire steso nè in alcun che modificato. I coniugi che si maritano senza contratto, non possono più farne e son governati, come già abbiain detto, dalla regola della comunione legale, senza poterlo dopo in guisa alcuna modificare.

La legge, per far che il contratto resti immutabile, vuole che l'atto sia steso innanzi notaio e con minuta.

Diciamo con minuta, poichè secondo lo art. 1397 (1351), le controscritture debbono estendersi *a piè della minuta* del contratto. Sarà dunque nullo, come quello formato con atto sotto firma privata, il contratto notarile che si fa in brevetto; saranno valili però quei formati per atto a firma privata prima del Codice, e sotto l'impero d'una consuetudine che li permetteva.

Del resto, se i contratti di matrimonio, sotto pena di nullità, devono oggi farsi per atto notarile in minuta, non è parimente necessario che si stendano, pena la nullità, da due notari o da un notaio e due testimoni. La strana legge del 21 giugno 1843, da noi analizzata, e criticata sotto l'art. 1317 (1271), annovera il contratto di matrimonio fra gli atti per cui basta un solo notaro senza testimoni, purchè si annunzi falsamente la presenza dei testimoni, o del secondo notaro; e le camere dei

deputati e dei pari, quando si votava la immorale disposizione, opinarono non doversi punto distinguere, se il contratto contenga o no donazioni. Così la donazione, sebbene la legge del 1843 l'annoveri fra gli atti per cui si richiede, pena la nullità, la presenza effettiva di un secondo notaro o dei testimoni, non ha bisogno di tale formalità ove si faccia nel contratto di matrimonio (1).

II. — Non v'ha dubbio sulla regola che nessun cambiamento possa apportarsi alle convenzioni matrimoniali dopo celebrato il matrimonio, poichè ciò formalmente è disposto dallo art. 1395 (1349). Non pertanto Toullier l'ha ostinatamente negato in una lunga dissertazione (XII, 24-41), in cui dice le seguenti cose: 1. che l'articolo 1395 (1349) non aggiunge espressamente la pena di nullità al divieto che sanziona; e 2. che siccome esso divieto nelle nostre antiche consuetudini si fondò sul timore che i coniugi, durante il matrimonio, si procurassero, sotto la forma di convenzioni matrimoniali, quei vantaggi che la legge loro vietava, e che oggidì sono permessi (articolo 1094 e 1096 (T e 1050)), a patto di essere revocabili, ne siegue che ugualmente si permettono, sotto la condizione di essere revocabili, tutte le convenzioni che si fan dopo la celebrazione, e che modificano il contratto primitivo, senza che per nulla venga in urto l'articolo 1395 (1349) coll'art. 1094 (T).

(1) Conf. Rodière e Paolo Pont (t. I, n. 130), MARCADÉ, vol. III; p. I.

e Bordeaux, 27 mag. 1853 (Devill., 53, 2, 587).

Ma tutto questo non è che un sofisma. E sulle prime è falso che sia stato motivo del divieto il timore dei vantaggi fra i coniugi, poichè nei paesi di dritto scritto, e nelle consuetudini che permettevano ai coniugi le donazioni fra vivi, del pari che in tutte le altre, quel divieto esisteva... Dal permettersi le donazioni ai coniugi non siegue ragionevolmente che loro si possa permettere di derogare al contratto di matrimonio; poichè in una donazione propriamente detta il coniuge conoscerà perlomeno quel che si fa, mentre che in una convenzione ordinaria, esso, specialmente la moglie, potrebbe essere ingannata, e procurare così un vantaggio senza neppur sospettarlo. Da ultimo, se il nostro Codice avesse voluto permettere le convenzioni che derogano al contratto, le avrebbe certamente dichiarate pur revocabili, come le donazioni conformi all'art. 1096 (1050). Ammessa una volta la validità delle convenzioni fatte durante il matrimonio, non ostante l'art. 1395 (1349), dovrebbero tenersi irrevocabili, chè nessun testo vi si oppone, e si potrebbe dire con franchezza che sta sempre nello arbitrio dei coniugi di sostituire alla prima una diversa regola, che potrà alla sua volta venir sostituita da una terza. — Quanto all'altro argomento sulla mancanza della dichiarazione espressa di nullità, esso non è men leggiero. È chiaro che non essendovi in tutto il Codice Napoleone una disposizione analoga a quella dell'art. 1030 (1106) del Codice di procedura; ne viene come conseguenza naturale di ogni divieto la nullità dell'atto vietato, tranne solo per eccezione, in quei casi in cui il legislatore, oltre la nullità, ha dettato un'altra sanzione. Ma qui, oltrechè non vi ha testo che dichiari o fac-

cia semplicemente supporre una sanzione diversa dalla nullità, l'art. 1453 (1418) pruova che tal nullità è la sanzione dei nostri articoli.

Va dunque errato Toullier; e bene a ragione la sua dottrina è stata rigettata da tutti gli scrittori non che dalla giurisprudenza (1).

III. — Le convenzioni matrimoniali non possono essere mutate dopo celebrato il matrimonio, bensì prima nell'intervallo che corre dalla sottoscrizione del contratto alla celebrazione; ma perchè sien validi questi cambiamenti, si richiedono talune condizioni che noi verremo spiegando, premessa qualche osservazione.

Il nostro Codice parla di cambiamenti e di *contro-scritture*; ma la seconda espressione sembra superflua, poichè è racchiusa nella prima come la specie nel genere. Infatti, la contro-scrittura è un cambiamento che smentisce il contratto, una confessione che contesti l'inesattezza premeditata di una o più clausole del contratto. Così se i futuri coniugi, indicato nel contratto di mettere in comunione i loro beni mobili, con un novello atto poi dichiarino di aggiungervi una porzione dei loro immobili, o se dichiarati parafernali i tali beni della moglie, li diranno in appresso dotali, similgianti cambiamenti non si potrebbero chiamare controscrittura; che se al contrario si dichiara coll'atto novello che una donazione di 5,000 fr. fatta nel contratto non debba avere il suo effetto che per soli 3 mila, ciò sarà quel che specialmente diceasi controscrittura. Ma sì nell'uno che nell'altro caso si effettua sempre un cambiamento al tenore del contratto; e tutte le ipotesi si potranno comprendere nella parola generica di *cambiamento* (2).

(1) V. Duranton (XIV-38); Balth (I, p. 2). Zachariae (III, p. 397); Rodière e Paolo Pont (I-133 e 134); Duvergier (sopra Toullier, n. 40); Troplong (I, 173, 174); Rig., 23 ag. 1826; Tolosa, 7 maggio 1829; Bourdeaux, 8 dic. 1831; Rig., 31 gennaio 1833; Lione, 3 gen. 1838; Cuen, 9 maggio 1844 (Dev., 32, 2, 665; 33, 1, 471; J. P., 1838; t. II, p. 37; 1844, t. II, p. 286); Lione, 21 luglio 1849 (Dev., 49, 2, 477). — V. pure Agen, 12 maggio 1848 e Rig., 16 lug. 1849 (Dev., 50, 1, 380).

(2) V. Bastia, 16 gen. 1856 (Dev., 56, 2, 81). Sarà nulla specialmente, perchè modificante il contratto di matrimonio, la contro-scrittura posteriore alla celebrazione, colla quale il marito e il padre della moglie riducono i lucri di sopravvivenza assicurati a questa nel contratto: per conseguenza, tal contro-scrittura non potrà opporsi alla moglie, quantunque, in faccia a chi l'ha fatto, essa non figuri come un terzo. Rig., 27 dicembre 1854 (Dev., 55, 1, 113).

Paolo Pont e Rodière (1, nn. 137-139) fanno osservare, e con ragione, che si debbono riguardare come cambiamenti al contratto le donazioni che si fanno i coniugi nell'intervallo dalla suscrizione di quello alla celebrazione del matrimonio, giacchè innovano lo stato reciproco in cui da esso egliu sono posti, ma non mai quelle che da altre persone loro son fatte; le quali non saranno soggette alle condizioni che si richiedono per la validità dei cambiamenti arrecati al contratto. Se non che direm coi due scrittori, che lo adempimento delle condizioni richieste rendendo l'atto novello come seguito e parte integrante del contratto, senz'esse si potranno fare ai coniugi sola quelle donazioni permesse fuori un contratto di matrimonio; mentre che adempiendosi quelle si potranno fare tutte le donazioni che può contenere un contratto di matrimonio, senza le regole che non debbonsi in esso seguire (art. 917, 1081 (874, 1037) e seg.). Ma se Rodière e Paolo Pont su questo punto si appigliano al vero, vi si scostano poi quando dicono nello stesso paragrafo che le donazioni fatte dai terzi possano, come le convenzioni interpretative ed esplicative di tal contratto, farsi senza le condizioni richieste dalla legge per i cambiamenti recati al contratto. Non è questo un errore manifesto, un'idea falsa?

Delle due cose l'una. O la scritta di cui si tratta (e che Rodière e Paolo Pont chiamano *clausola esplicita*, *convenzione interpretativa*), si reputi una spiegazione pura e semplice, ed allora è verissimo che non starà soggetta alle forme dei nostri articoli (né a qualsiasi altra); ma così l'atto non sarà più giuridico, non obbligherà, non formerà una *convenzione*; e se al postutto farà interpretare più in questo che in quel senso la clausola oscura o incompleta del contratto, ciò non si dovrà attribuire alla sua forza *convenzionale*, ma solo alla *dottrinale*, come a qualunque altra spiegazione, non importa da chi ed in qual tempo fatta. O la scritta sia una vera *convenzione*, ed abbia per oggetto di dar forza giuridica alle idee che

stabiliscano, o sviluppino la clausola dubbia del contratto; ma allora la novella clausola più esplicita della prima, la seconda *convenzione* sostituita all'altra poco chiara, saranno un mutamento al tenore del primo contratto, poichè su questo dovrà starsi e non su quella; ed è ben chiaro che a formare il complemento obbligatorio e giuridico del primo atto, lo si debba fare secondo le forme richieste dal nostro articolo. In breve, o l'atto, che si dice interpretativo, altro non è che un *commentario* che giuridicamente non esiste, nè in guisa alcuna costituisce una *convenzione*, e che segue le forme del contratto perchè ne produce gli effetti; o forma una nuova *convenzione* che subentra alle prime in ciò di cui si occupa, ed allora si richiedono le forme. È dunque incerto il dire che queste non si richiedono per una *convenzione interpretativa*.

IV. — La legge, nelle condizioni richieste intorno le convenzioni che modificano le clausole originarie di un contratto di matrimonio, secondo che queste debbonsi eseguire semplicemente fra coniugi o in faccia ai terzi è più o men severa. Quando esse han luogo fra coniugi basta per essere valide che siano fatte con le stesse forme del contratto di matrimonio (cioè con atto notarile, e con minuta), e colla presenza e insieme col consenso di coloro che sono state parti nel contratto. — Fra questi si annoverano non solo i due futuri coniugi, ma anche: 1° tutti quelli parenti o altri che nel contratto han loro fatto donazione (poichè è possibile che queste sieno state fatte avuto riguardo allo stato di cose che or si vuol cambiare); 2° le persone il cui consenso si richiede pel matrimonio dei futuri coniugi (potendo anche avvenire che il consenso che si dava alle prime convenzioni, si ritiri pel cambiamento progettato), che perciò non si potrà fare a loro insaputa. Ma si dovranno comprendere pure gli ascendenti il cui consiglio solamente è necessario ad uno dei futuri? Durantou (XIV, 57) e Rodière e Paolo Pont (1, 141) rispondono del sì, la qual sentenza benchè rigettata dal più degli scrit-

tori (1), è da noi stimata esatta. Direb-
besi invano con Toullier che non è parte
in un atto chi vi interviene come consu-
lente.

Ciò varrebbe ove si trattasse di consu-
lente ordinario, il cui ufficio si riduce a
dare un avviso, che potrà o no esser se-
guito dal contraente. Ma non è questa la
condizione dell'ascendente a cui il figliu
maggiore deve chiedere il consiglio pel
suo matrimonio: ove egli rifiuti, non si può
andare innanzi senz'altro, ma si dovranno
fare una o più notificazioni, dopo le quali
potrà l'ascendente fare sempre una oppo-
sizione; la quale dovrà farsi rinnovare dal
figlio con una sentenza. Or come scher-
mire quest'arma così possente posta in
mano allo ascendente in faccia al figlio
maggiore? Chi potrebbe affermare che un
minore persista nel progettato mutamento
nonostante gli atti rispettosi e la lite che
dovrebbe muovere al genitore? ed es-
sendo se non probabile, almeno possibile,
che il rifiuto dello ascendente di consen-
tire al mutamento tragga seco lo annul-
lamento del contratto, come si potrebbe
fare a sua insaputa? . . . Lo stesso Delau-
riere, che fra tutti i nostri antichi scrit-
tori restringe in poche le persone da chia-
marsi, alle sole che uvevano firmato ne-
cessariamente il contratto (la sua dottrina
è stata rigettata da tutti e specialmente
da Pothier (*Comment.* 16) come troppo ri-
lasciata) ammette pure gli ascendenti di
cui è discorso (sopra Loisel, 1, 2, 4; so-
pra Parigi, art. 258).

Gli altri che vi intervengono, sia come
testimoni istrumentari sia con altro ti-
tolo, non sono parti nel contratto, nè de-
bono necessariamente chiamarsi nell'atto
che deve essere modificato.

Del resto, non basterebbe il consenso
delle persone riputate parti nel contratto,
se uno o più infra di loro lo avessero pre-
stato con atti separati che il notaro ag-
giungerebbe all'atto principale. Il consenso

dato in tal modo che basterebbe in qua-
lunque altra circostanza, anche per quello
dato dagli ascendenti alla celebrazione del
matrimonio dei loro discendenti minori,
sarebbe nel caso di nessun momento ri-
chiedendosi la presenza di tutte le persone
che debbono consentire e insieme il loro
consenso. Esse potranno farsi rappresen-
tare da un procuratore speciale, però è me-
stieri che o per sè o per mezzo dei loro
procuratori sieno tutti riuniti per consen-
tire nello stesso tempo al progettato mu-
tamento.

Si è creduto con ragione che un con-
senso potrebbe spesso ottenersi facilmente,
ma con poca riflessione, e considerati i
gravi interessi che si agitano è necessario
lo esame e la discussione di tutti gl' inter-
essati riuniti.

Ciò posto, come potrebbe spiegarsi la dot-
trina di Maleville (sopra l'art.), di Toul-
lier (XII-50) e di Battur (I-n. 9) i quali
insegnano non essere necessaria nè la pre-
senza, nè il consenso effettivo delle parti,
bastando un consenso presunto che risulti
dal non intervenire nell'atto le parti che
vi sono state chiamate? Come poter di-
scorrere sulla efficacia del consenso pre-
sunto di una persona che non interviene,
mentre che il suo consenso formale pre-
stato con atto espresso sarà inutile, per
non essere stato dato insieme con quello
degli altri interessati? Come infine si po-
trebbe, non diremo ammettere, ma sem-
plicemente proporre una tale idea, men-
trechè il nostro articolo testualmente ri-
chiede la presenza delle parti, e una
ammenda proposta da Jallivet quando si
discuteva al Consiglio di stato, di aggiun-
gere alle parole *senza la presenza delle*
parti queste altre o *debitamente chiama-*
te, è stata rigettata? Bene a ragione adun-
que questa dottrina non è stata abbrac-
ciata dal più degli scrittori (2).

Adunque il consenso deve darsi da tutte
le parti presenti, e riunite, pena la nullità

(1) Delvincourt (I. III); Toullier (XII, 51); Bel-
lot (I, p. 42); Battur (I-47); Zachariae (III, p. 399);
Troplong (I-239).

(2) Delvincourt (Iont. III); Duranton (XIV, 53);

Bellet (I, p. 54); Zachariae (III, p. 399); Rodiere
e Paolo Pont (I-42); Durergier (sopra Toullier, *loc.*
cit.); Troplong (I-234).

dell'atto che modifica il contratto. Da ciò però non bisogna inferire che la non-presenza di una parte (o il suo rifiuto di aderire al cambiamento, o la sua morte, o la impossibilità di manifestare la sua volontà) renda impossibile il mutamento sicchè ne sia impedito un matrimonio perchè un solo donante del primo contratto non possa, o non voglia aderire al cambiamento. Le parti da cui dipende il matrimonio son sempre libere di dichiarare che esse abbandonano il primo contratto per farne uno novello; in guisachè la non presenza del donante farà perdere ai coniugi la sua sola donazione. Ritorniamo su questa idea in fine del numero seguente, per mettere in chiaro un'inesattezza di Rodière e di Paolo Pont.

V. — Perchè sia valida riguardo ai terzi la modificazione non solo deve farsi nella stessa forma del contratto, e colla presenza e insieme il consenso di tutte le persone che ne sono state parti; ma stendersi in piè della minuta stessa del contratto. Senza di che l'atto accessorio, che sarebbe efficace tra i coniugi, resterebbe nullo e senza effetto riguardo ai terzi.

A questo provvedimento altro ne aggiunge la legge, che da quello naturalmente deriva ma che obbliga il solo notaro. Questi incorrerà nella pena dei danni ed interessi verso le parti lese (e, dove occorra, nelle pene disciplinari) se mai estraesse alcuna copia del contratto di matrimonio senza aggiungergli la copia dell'atto posteriore che lo ha modificato. Se il contratto di matrimonio si estraesse senza l'atto modificativo, questo sarebbe sempre valido, e i coniugi che non possono rimproverarsi della incompleta spedizione lo potrebbero sempre eseguire in faccia ai terzi, salvo a questi e il regresso contro il notaro dalla cui negligenza è derivato il danno.

Noi supponiamo però che non vi sia stata mala fede da parte dei coniugi, poichè ove i terzi provino che i coniugi con cognizione di causa, e con animo di ingannarli abbiano loro rimesso una spedizione del con-

tratto, in tal caso non solo dal notaro, ma anche da loro potranno ripetere i danni-interessi, in forza non di questo articolo, ma del principio generale dello art. 1382 (1336). Ma non essendovi frode da parte dei coniugi, ne sarà solo responsabile il notaro.

Vero è che Toulhier (XII-68) spiega altrimenti l'articolo, intendendo per *danni-interessi DELLE PARTI* un ristoro dovuto dal notaro a *quelli che sono stati parti NEL CONTRATTO DI MATRIMONIO*; donde sorgerebbe che ai coniugi e non ai terzi nuocerebbe la mancanza della spedizione dell'atto accessorio, o a meglio dire ciò sarebbe pei terzi una causa onde annullarsi l'atto, siccome il non essere redatto in piè della minuta del contratto. Noi però opiniamo che sotto la parola *parti* s'intendano solo dalla legge *le parti lese*; e che queste sieno i terzi i quali han contratto coi coniugi, in faccia a cui l'atto resta valido, salvo il regresso per il rindennizzamento, ci si comprova dal testo medesimo dell'articolo, dalla storia della sua redazione. — Infatti l'articolo che obbliga i coniugi ad adempiere la prima formalità, dichiarando nitidamente che il cambiamento non redatto in piè della minuta sarebbe nullo in faccia ai terzi, obbliga ad adempiere la seconda il *solo notaro*, dicendo semplicemente che egli non potrebbe estrarre alcuna copia, senza aggiungergli in piè quella dell'atto modificativo. Nè la differenza fra le due parti dell'articolo fu posta per caso, poichè prima era scritto nel senso di Toulhier con la sola frase seguente « nullo, rispetto ai terzi qualunque cambiamento, se non sia steso in piè della minuta del contratto, e se la spedizione non sia rilasciata in seguito della spedizione del contratto; » e sulla semplice proposta del Tribunato fu sostituita la espressione portaci dal Cod. (Fenet, t. XII, p. 577 e 605).

Non a torto adunque tutti gli scrittori hanno rigettato cotesta dottrina (1).

Il nostro articolo adunque mira a far conoscere ai terzi lo stato esatto delle con-

(1) Delvincourt (t. III); Plasman (*Contro-scrittura*, p. 78); Duranton (XIV-69); Zachariae (III, pa-

venzioni matrimoniali dei coniugi con cui contraggono. Sicchè, come al numero precedente abbiain visto, ed ora meglio vedremo, è inesatta la opinione di Rodière e Paolo Pont i quali insegnano (n. 142) che se una persona è stata parte nel contratto di matrimonio per farvi una donazione e si nega d' intervenire, o di aderire al cambiamento proposto, potrà questo farsi sempre ed esser valido, ritenendosi come nulla la donazione di colui che si è negato di consentire. — In tal caso, a sentimento loro, o si potrà dichiarar nullo il primo contratto per farne un altro (e allora non esisterà la donazione, perchè non v'interviene il donante), o si farà un atto modificativo che lasci in vigore il primo contratto, in cui sarebbe annullata la donazione *ipso facto*, per non avere il donante consentito al proposto cambiamento.

Errore. La prima soltanto è la via dritta, poichè se le parti anzichè formare un novello contratto, si contentino di modificarlo senza il consenso del donante, quest'atto sarà nullo, nulli i cambiamenti apportatigli, e il contratto primitivo rimarrà valido in tutto, anche nella donazione.

Questa soluzione è scolpita nei nostri testi, come nel pensiero intimo della leg-

ge. Nei testi, poichè l'art. 1396 (1350) dichiara positivamente nullo il cambiamento fatto senza la presenza ed il consenso di tutte quelle persone che furono parti nel contratto. — Nello scopo di proteggere i terzi propostosi dalla legge, che verrebbe interamente meno. Infatti, se i coniugi, non ostante il rifiuto del donante, con un semplice atto accessorio e modificativo (col quale, dicesi, si annullerebbe implicitamente la donazione, per il solo rifiuto del donante) potessero fare i loro cambiamenti, qual inganno non incoglierebbe ai terzi! Come potrebbero essi mai, che in forza di un contratto conoscono donato quel fondo, indovinare che l'atto modificativo abbia distrutto la donazione di cui nemmeno fa cenno? Chi farà loro conoscere o almeno supporre cotesto annullamento enigmatico intorno alle di cui cause nulla dice la legge? Essendo questo il fine del legislatore, essendo chiarissimo il testo dell'art. 1396 (1350), non altro mezzo rimane ai coniugi quando il donante del contratto si negherà di concorrere al cambiamento che essi intendono fare, e per cui rinunziano perfino alla donazione, se non quest'uno: abbandonare il primo, e fare un novello contratto.

§ 4. — Della capacità dei contraenti.

1398 (1352). — Il minore, capace a contrar matrimonio, è pure capace a prestare il consenso per tutte le convenzioni delle quali è suscettivo questo contratto: e le convenzioni e donazioni che abbia fat-

te sono valide, purchè nel contratto sia stato assistito dalle persone il cui consenso è necessario per render valido il matrimonio.

SOMMARIO

- I. Il minore assistito da quelli il cui consenso richiedesi pel suo matrimonio, è qui capace quanto un maggiore, tranne una eccezione.
- II. Quid se il minore ha fatto il suo contratto pria dell'età voluta o senza l'assistenza richiesta, e il matrimonio si sia poi regolarmente celebrato o sendo nullo si sia poi

ratificato? Controversia.

- III. L'articolo si applica solo al minore ordinario. Errore di Odier. Non richiedesi la presenza di coloro che devono assistere questo minore.
- IV. Quid dell'interdetto e del prodigo? Si dissente da Duranton, Rodière e Paolo Pont.

gina 400); Rodière e Paolo Pont (I-146); Troplong (I-218. — Vedi Cassaz., 13 febr. 1847 (Dev., 47,

1, 53).

I.—Cotesta disposizione che ci è stata porta negli art. 1095, 1309 (1049, 1263), è stata da noi spiegata in quei luoghi, non che nel n. IV dell'art. 149 (164).

Onde favorire il matrimonio si è data ai minori la piena capacità dei maggiori nelle convenzioni matrimoniali, purchè sieno assistiti da coloro, il cui consenso è necessario per il loro matrimonio; così egli è dispensato dalle regole della *Tutela e della Emancipazione*. Da ciò tre differenze tra il contratto di matrimonio e tutte le altre convenzioni: 1° mentre il pupillo in ogni altro contratto nulla potrebbe fare per sè, ma tutto per mezzo del suo tutore, in quello del matrimonio stipula egli medesimo, assistito dalle persone indicate dall'articolo; 2° mentre nei contratti ordinari interviene il tutore, ovvero il curatore (se il minore è emancipato), in questo interviene il parente che deve consentire al matrimonio benchè non fosse il tutore o il curatore; 3° infine, mentre il tutore del pupillo o l'emancipato assistito dal suo curatore, ovvero il solo minore, per disporre a titolo gratuito, potrebbero soltanto agire dentro ai limiti ristretti, oltre ai quali o si dovrebbero adempiere alcune formalità o non si potrebbe recare ad effetto il progettato atto (art. 457, 459, 484, 903, 904 (380, 382, 407, 819, 820)); in questo il minore, per quanto sia giovane, essendo legalmente atto a maritarsi, potrà fare, assistito come vuolsi dalla legge, tutte le alienazioni, donazioni, e stipulazioni che potrebbe un maggiore. Così, per porgere solo un esempio, mentre secondo gli articoli 903, 904 (819, 820) il minore sia pur da 16 a 21 anni non può fare alcuna donazione fra vivi nè testare che per la metà del suo disponibile, una giovane potrà da 15 anni in sù (ed anche prima, ove abbia ottenuto dispensa di età per maritarsi) disporre, nè più nè meno che se fosse maggiore, per donazione fra vivi.

In breve, i minori, emancipati o no, sono capaci del pari che i maggiori per

le loro convenzioni matrimoniali, purchè assistiti da coloro da cui dipendono. Se non che la futura sposa non potrebbe, ove sia minore, consentire di restringersi la sua ipoteca legale sopra i beni del marito (1).

II.—Il minore, come abbiain detto, sottoscrive validamente le sue convenzioni matrimoniali anche prima dell'età stabilita dalla legge per il matrimonio, ma dopo ottiene dispensa; perocchè nel nostro articolo si parla di qualunque minore *abile a contrarre matrimonio*, e la dispensa rende certamente abile. Ma che si direbbe se essendosi fermate le convenzioni prima dell'età e senza dispensa, e fattosi quindi un contratto nullo, si celebrasse poi il matrimonio dopo l'età richiesta o dopo ottenuta la dispensa? Duranton (XIV, n. 4°) dice, senza assegnarne alcuna ragione, che il contratto nullo resterà sempre tale non ostante il matrimonio dopo celebrato. Pont e Rodière insegnano al contrario (I, 38) che il contratto sarebbe valido se seguito dal matrimonio, essendo ciò una esecuzione volontaria che conforme l'art. 1338 (1292) ratifica l'atto nullo. La quale idea, cui non pensava punto Duranton, è esatissima a sentimento nostro: ma non così semplice ci pare, come a Paolo Pont ed a Rodière, supponendo essa varie decisioni di qualche difficoltà.

Perchè il contratto possa divenir valido è necessario in prima non sia assolutamente nullo, ma solo da potersi annullare, dacchè se fosse legalmente inesistente, se fosse giuridicamente nullo non potrebbe mai divenir valido, *quod nullum est confirmari nequit*. Or se non par dabbio che il contratto di un minore inabile a maritarsi possa solo annullarsi (e non sia rigorosamente nullo) per le convenzioni a titolo oneroso, secondo gli articoli 1304 (1258) e seguenti, è molto controverso al contrario che possano anco annullarsi le donazioni che in esso si possano contenere; da molti autori e decisioni è giudicato

(1) Lione, 30 maggio 1841; Grenoble, 25 agosto 1847 (Dev., 44, 2, 449; 48, 2, 301).

che una donazione è legalmente inesistente e come non avvenuta per la incapacità di colui che la fa o che la riceve. Ammessa tal dottrina, si dovrebbe dichiarare inesistente ogni contratto che contenga donazione (inesistente per lo intero, dacchè tutte le parti dell'atto si collegano fra loro, e perciò non potrebbe annullarsi la donazione sussistendo le altre stipulazioni) per modo che si potrebbero ratificare soltanto i contratti non molto comuni, i quali non contengono una donazione. Ma secondo il nostro avviso (stabilito sotto l'art. 935 (859), n. V) l'incapacità del donante o del donatario non deve confondersi coi vizi di forma, e la donazione può per essa annullarsi e quindi ratificarsi. Or siccome la celebrazione del matrimonio o il fatto dei contraenti di voler recare ad effetto le convenzioni fatte è una esecuzione in un punto che avrebbe potuto farsi un contratto valido, noi diciamo con Paolo Pont e Rodière che il contratto, seguito che è il matrimonio, acquisti la sua piena efficacia.

Ma che si direbbe se il matrimonio fosse fatto del pari che il contratto prima dell'età stabilita, o della dispensa ottenuta, e il matrimonio quindi non fosse valido che per una delle cause indicate dall'art. 185 (T)? Rodière e Paolo Pont accostandosi a Duranton, decidono che il contratto si può sempre annullare, onde si regolino i dritti dei coniugi con i principi della comunione legale. La qual dottrina non potremmo noi accogliere senza qualche distinzione. Essa dovrà applicarsi se il matrimonio si fa valido per essere la donna incinta e per non avere ancora attinto i suoi 15 anni; perocchè un atto può ratificarsi colla volontaria esecuzione quando questa si compie in un punto che i contraenti fossero capaci di fare quell'atto. Or l'essere incinta una donna che non abbia 15 anni non la renderebbe capace di far validamente il contratto di matrimonio; ma se l'altra causa accennata dallo art. 185 (T) rende valido il matrimonio, cioè quando il coniuge, in pria troppo giovine, ha dopo sei mesi com-

pito l'età che si richiede, oppure se la moglie la di cui gravidanza lo fa valido, ha compiuto (una pria dei sei mesi) l'età che si richiede, allora il contratto è rivalidato.

Infatti che si richiedeva perchè fosse inattuabile? Due cose: 1° che il matrimonio non sia punto annullabile (dappoichè se potesse esserlo, il contratto non sarebbe irrevocabile, sciolto il matrimonio è anche sciolto il contratto); e 2° che il contratto si esegua allorchè le parti saran capaci di consentirlo validamente. Esistono in questo caso sì l'una che l'altra condizione, poichè la permanente esecuzione dell'atto rinnovantesi in ogni giorno dopo celebrato il matrimonio, segue fino al momento in cui le parti han compiuto l'età, ed hanno quella capacità che lor prima mancava.

Quanto si è detto nel num. II, intorno il contratto che si fa da una parte che non abbia l'età competente, si applica del pari *mutatis mutandis* al contratto del minore non assistito dalle persone il cui consenso è necessario pel suo matrimonio, essendo pur questa una quistione di capacità. Nei due casi l'atto può semplicemente annullarsi sulla domanda dell'incapace leso; in ambi i casi può ratificarsi. dopo di che non si potrà fare più annullare (1).

III.—Il nostro articolo, accrescendo l'ordinaria capacità del minore, parla solo del minore di 21 anno: il giovane da 21 a 25 anni, il quale ha ancora ascendenti, benchè minore pel matrimonio, è maggiore per le sue matrimoniali convenzioni, come per qualunque contratto pecuniario, e può farlo senza l'assistenza e il consenso di alcuno. Il nostro articolo riguarda il minore ordinario, e non il minore in quanto al matrimonio. La disposizione applicata al secondo sarebbe un restringere l'ordinaria sua capacità, nel mentre la legge vuole estenderla. A ragione un tal punto è considerato come costante da tutti gli scrittori, e la contraria dottrina di Odier (II 607) è erronea.

Si tiene anche per certo che le persone

(1) Vedi Rig., 5 marzo 1855 (Devilleneuve, 55, 1, 349).

la cui assistenza è voluta dall'articolo, possono qui, come sempre, farsi rappresentare nel contratto da un procuratore, e che se il minore pel suo matrimonio dipende dal consiglio di famiglia, può questo, dopo discusse e stabilite nella sua tornata le stipulazioni del contratto, contentarsi di mandare uno o più delegati per compilare e firmar l'atto innanzi il notaro.

IV.—Si è chiesto qual sarebbe, per le convenzioni matrimoniali, la capacità dell'interdetto e di colui che è provveduto di un consulente giudiziario.

Non rispondiamo alla questione intorno all'interdetto, perchè crediamo aver provato nel titolo *Del Matrimonio* (*Osservazioni preliminari del cap. IV, n. II*) non potere lui contrar matrimonio. Al prodigo il maggior numero degli scrittori applicano il principio *habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, concludendone poter lui, non assistito dal consulente, stabilire le sue convenzioni matrimoniali e scegliere a piacer suo la tale o tal'altra regola (1). Noi non siamo di tal parere, credendo che il principio *habilis ad nuptias* sia da applicarsi soltanto al minore.

E l'idea che un tal principio non sarebbe da applicarsi al prodigo, ci pare tanto più certa, quanto i cennati scrittori rigettan poi la pretesa regola da cui ebbero preso le mosse. Riconoscono essi infatti come il prodigo sia incapace non solo di fare al suo coniuge la benchè lieve donazione fra i vivi, ma di acconsentire financo ad una clausola di mobilitazione (art. 1505 (T) e seguenti). Se vero si fosse che qualunque abbia capacità per maritarsi, ha perciò capacità di regolare le sue convenzioni matrimoniali, potrebb'è il prodigo consentire da se a tutte le stipulazioni che può contenere il contratto di matrimonio... Delle due cose l'una: o la regola *habilis ad nuptias* applicasi a tutti gl'incapaci, e per conseguenza il prodigo gode dell'intera capacità; o si applica essa ai minori soltanto, ed il prodigo resta del tutto incapace. Il mezzano sistema degli scrittori

non è da ammettersi.

Ciò comprese Troplong (I-297), il quale in questo si unisce a noi, mentre in fondo poi se ne allontana di più; riconoscendo qui nel prodigo piena capacità fondandosi su tre argomenti che non convincono per nulla.

Il primo è l'applicazione della regola *habilis ad nuptias*; or è questa una petizione di principio, poichè la questione è appunto se tal regola sia o no da applicarsi al prodigo. Il secondo dice che il prodigo maritandosi sottopone i suoi beni alla ipoteca legale, benchè l'art. 513 (436) gli vieta di concedere ipoteche; dunque per il suo matrimonio egli non è più incapace. Tale argomento è per tre lati inesatto. Da una mano si tratta dello stesso matrimonio, del contratto morale, e la questione riguarda il contratto pecuniario; dall'altra non è vero che al prodigo non sia vietato dall'art. 513 (436) di ipotecare, poichè essa gli vieta non di sottoporsi alle ipoteche stabilite dalla legge per questa o quella condizione preveduta, ma soltanto di consentire e stabilire delle ipoteche; da ultimo, vera anche la premessa, sarebbe sempre falsa la conseguenza, dacchè non si può inferire dal particolare al generale, e la capacità che per eccezione si concederebbe per dare ipoteca alla moglie, non varrebbe la capacità di consentire ogni sorta di patti. L'ultima ragione relativa alle donazioni è che la donazione fatta dal marito è il contratto oneroso *do ut des* anzichè una vera donazione, poichè la consorte ne dà in prezzo la sua bellezza, la sua gioventù e le sollecite cure... Non sappiamo com'entrano qui la bellezza e la gioventù della consorte (che del resto potrà essere spesso nè giovane, nè bella). La gioventù, la bellezza, le sollecite cure, tutti i vantaggi fisici e morali della consorte sono l'oggetto del contratto morale che costituisce il matrimonio, ma non di quello pecuniario che si forma presso il notaro e del quale noi trattiamo; le qualità della moglie o anzi la stessa moglie, riceve in prezzo non il danaro del

(1) Toullier (II-1379); Duranton (nn. IV-15); Odier (II-613); Rodière e Paolo Pont (I-45).
MARCADÉ, Vol. III, p. I.

marito, ma il marito stesso che si concede tutto a lei, com'ella a lui. I tre argomenti adunque del dotto magistrato sono di nessun valore, e la quistione resta integra.

La quistione deve esser risolta nel senso dell'incapacità. E in prima colui ch'è incapace per una legale disposizione, non lo è sempre quando non è stabilito altrimenti? Ma poichè l'incapacità del prodigo per la disposizione dei suoi beni non è in nessuna parte come quella del minore conforme al nostro art. 1398 (1352), è forza confessare che egli sia incapace in questo caso come sempre. Non è ragionevole cotesta regola del dritto positivo? Si tratta d'uno di quei tristi ordinamenti, rari per avventura, che non fan sospettare dell'amministrazione non molto ragionevole d'un patrimonio, d'un uomo che per le sue molte dissipazioni e dispendi scandalosi è stato interdetto ond'esser protetto contro sè stesso, e si sarebbe tolto il patrocinio nel caso appunto in cui potrebbe esser vinto dalla seduzione, così che sarebbe in preda alle sue malaugurate tendenze! Costui non assistito dal consulente non può donare un ottavo delle sue sostanze, nemmeno per ricompensare la più cara devozione, ed un'astuta cortigiana che coi suoi incanti lo

trascina ad un matrimonio di cui ella poi si ride, potrà farsi donare tutto il di lui patrimonio senza che alcuno possa esaminare o censurare! Può avvenire che il prodigo, come vuol supporlo Troplong, « abbia scelto una consorte onesta, di gentil casato, di sperimentata virtù » e sono quindi ragionevoli e ben collocati i vantaggi che le si fanno, ma dovendo temersi il contrario per la condizione del prodigo, a buon dritto il Codice vuole che le condizioni di lui sieno riscontrate da un uomo di maggior criterio, il quale le approverà, se ragionevoli, se no, le impedirà o renderà nulle ricusando il suo consenso.

Da ciò segue che la sola regola, cui possa validamente sottoporsi il prodigo, senza l'assistenza del consulente, sia quella della comunione legale. La quale stabilita dalla legge è indipendente dalla capacità del coniuge; esiste di pieno dritto come la trasmissione per successione legittima è di pieno dritto, tanto se il defunto sia un bambino di 6 mesi, quanto se un maggiore. Se il prodigo, non assistito, adotta altre regole, il contratto potrà farsi annullare per cagion d'incapacità tanto dal prodigo, che dai suoi aventi-causa quando non è stato ratificato (1).

CAPITOLO SECONDO

DELLA REGOLA DI COMUNIONE.

1399 (1395 M).—La comunione, tanto legale, che convenzionale, incomincia dal giorno del matrimonio contratto avanti l'uf-

ficiale dello stato civile. Non si può stipulare che essa incomincerà in un'altra epoca.*

(1) Vedi Bordenaux, 7 febr. 1855, e Pau, 31 luglio 1855 (Dev., 56, 2, 65).—Zachariae, per quanto può giudicarsene dal suo modo troppo stringato, par che abbracci la medesima dottrina che noi. Difatti egli dice, che se la capacità di fare un contratto di matrimonio suppone necessariamente quella di maritarsi, questa non importa necessariamente la prima; che siffatta capacità, quanto ai beni, è governata dai principi generali, e la disposizione del nostro art. 1398 (1352) deve riguardarsi come un'eccezione alla regola (III, p. 39, 339). — Vedi però in senso contrario, oltre l'opinione di Troplong, quella di Toullier (I. II, numero 1379), Duranton (I. XIV, n. 15); Rodière e Paolo Pont (I. I, n. 43); Odier (I. II, num. 613).

* Il nostro art. 1395 è così concepito:

« Non è vietato agli sposi di convenire una società o comunione di beni. Questa non si presumerà; ma dovrà espressamente stipularsi, spiegando di volersi sottoporre al regime della comunione. Non potrà stipularsi che cominci da un'epoca diversa da quella del matrimonio. Gli sposi stabiliranno i patti di tale comunione, purchè non si oppongano alle disposizioni espresse negli art. 1342, 1343 e 1344.

In difetto di patti particolari che regolino la comunione, si osserveranno le norme che sono prescritte nel titolo X di questo libro pel contratto di Società: ed oltre a ciò si osserveranno i seguenti stabilimenti.

SONDARIO

- I. Non può stipularsi che la comunione non cominci al tempo della celebrazione, e che non finisca allo scioglimento del matrimonio.
- II. La comunione non può stipularsi nemmeno con una condizione. Si dissente da Toullier e da Duranton; contraddizione del primo.
- III. Quel che dicesi della comunione deve applicarsi alle altre regole, nè si possono con termini o condizioni odottere insieme mol-

te regole. Dissententi da Rodière e Paolo Pont.

- IV. Il contratto che così odotterebbe molte regole metterebbe in tutti i casi i coniugi nella legge comunione. Errore di Rodière e Paolo Pont.

V. La comunione incomincia al tempo dell'effettiva celebrazione, e so immediatamente lo moglie comproprietaria dei beni comuni. Errore di Toullier, di Chompiennière e Rigaud.

I. — Nel più delle nostre antiche consuetudini, la comunione cominciava il domani del matrimonio; secondo alcune, dopo un anno ed un giorno. Il Codice, che come abbiain veduto prescrive i contratti privati, già tempo permessi, vuole meglio si rafforzino le convenzioni matrimoniali, ha voluto già garantire il medesimo fine, e non bastandogli il dichiarare che la comunione stipulata dai coniugi avrà principio senza una formale spiegazione il giorno che si celebra il matrimonio, ha soggiunto non potere avvenire altrimenti, dovendo sempre seguirsi la regola, non ostante una diversa stipulazione.

Poichè i coniugi non possono dar principio alla comunione in un giorno diverso da quello in cui il matrimonio si celebra, non potrebbero validamente stipulare di abbracciar prima la regola dotale, e dopo un certo tempo quella della comunione. Viceversa, sebbene il testo sia nudo, non potrebbero nemmeno far cessare la comunione in un tempo diverso dallo scioglimento del matrimonio, stipulando che scorso un certo tempo, alla regola della comunione seguirà quella dotale. Non vi ha nè ragione nè pretesto perchè si possa abbracciare prima la comunione e poi la regola dotale, ovvero questa prima e quella dopo; la legge vuole che la comunione non si scinda, che debba ammettersi o rigettarsi senz'altro, cotalechè o regola sempre o mai l'unione coniugale.

II. — In tal modo la comunione non può

essere stipulata con un termine, nè quello ad quem nè quello a quo. Ma non potrebbe esser forse stipulata con condizione sospensiva o risolutiva, e non sarebbe da dichiararsi valido il contratto in cui direbbesi che i coniugi avrebbero comunione: di beni se durante il matrimonio si effettuasse la tal cosa, oppure che adottasi la comunione dai coniugi, ma sarebbe questa come non avvenuta e sostituita la regola dotale se la tal cosa si adempisse? Ad onta la contraria opinione di Toullier (XII-83, 84) e di Duranton (XIV-97) rispondiamo del no. La stabilità delle matrimoniali convenzioni non è alterata tanto se vi sia condizione che termine? Con questa differenza tra i due casi, che essendovi condizione, la coniugale associazione, per lo effetto retroattivo di quella, sarà giuridicamente governata da una sola regola: a mo' di esempio, se dalle parti si è detto che sarebbero in comunione se loro nascesse un figlio, bene è vero che la nascita di questo dopo due o tre anni di matrimonio farebbe rimontare giuridicamente la comunione al punto stesso della celebrazione, e così la regola diversa dei primi anni sarebbe fittiziamente reputata come non esistita; ma un tal fenomeno puramente fittizio impedirebbe la realtà delle cose, e ne distrurrebbe gl'inconvenienti? Benchè giuridicamente non possa qui esistere che una regola, non è men vero che in fatto ne esisterebbero due; nè il legislatore ha inteso determinare che le convenzioni matrimoniali sieno non st-

tiziamente, ma realmente ferme (1).

Non solo la differenza tra la condizione e il termine non scemerebbe gl' inconvenienti della varietà della regola, ne accrescerebbe bensì, e la retroattività della seconda regola che si sostituirebbe alla prima, anche pel passato, sarebbe sorgente seconda di inesplicabili difficoltà; di modo che *a fortiori* bisogna applicare alla condizione quel che si è detto del termine.

Toullier primo sostenitore sotto lo impero del Codice di questa dottrina della stipulazione convenzionale di comunione, cade in contraddizione, e senza pur saperlo dannava il sentimento che vuole stabilire. La ragione, secondo lui, è, che la condizione, diversa dal termine, avendo lo effetto retroattivo, ne risulta che giuridicamente la comunione sarebbe sempre o mai esistita. Spiega egli che il fine del nostro art. 1399 (1393 M) è di togliere le difficoltà nate da alcune disposizioni, come quelle della Consuetudine di Bretagna, che sottoponeva la comunione alla *condizione* che i coniugi durassero in matrimonio per un anno ed un giorno; insiste che l'effetto retroattivo di tal condizione, facendo risalire la convenzione al giorno del matrimonio, ne nascevano le difficoltà che a ragione il Codice ha dileguato.

Difatti non solo il nostro testo vieta che si dia principio alla comunione durante il matrimonio, fosse anche una comunione retroattiva; ma gli è giusto di questa che ci parla, dappoichè è stato suo fine far scomparire la contraria regola delle antiche consuetudini per la quale la comunione dopo un anno e un giorno retroagiva al giorno degli sponsali; *trahitur retro ad diem nuptiarum* diceva Dumoulin (V. Potthier, *Comunione*, nn. 22, 23 ed il nuovo *Denisart*, V. *Comunione*, § III).

III.—Parlando il nostro articolo della comunione è da concluderne che il Codice stimò solo per essa stabili le matrimoniali convenzioni, e che potrebbsi con condizione

o con termini adottare due o tre regole, purchè la comunione non fosse tra queste? Potrebbsi convenire che i coniugi saran sottoposti alla regola dotale, fino a tanto che la moglie abbia 25 anni, che vi sarà dipoi regola esclusiva di comunione fino a tal altro tempo, quindi separazione di beni? Rispondono del sì Rodière e Paolo Pont (n. 85) e vi si decidono per la ragione che le tre regole di non comunione sono deduzioni d'uno stesso sistema. Non siamo noi di tal parere.

Di certo le tre regole hanno un punto comune, il rigetto della comunione: ma sono molte diverse l'una dall'altra, perchè si possa sostituire questa a quella senza derivarne sì in quanto agli sposi che in quanto ai terzi gli sconcerti e le difficoltà che il Codice ha voluto prevenire. Sarebbe un leggiero cambiamento, a mo' di esempio, il sostituire l'esclusione della comunione alla separazione dei beni? Sotto la prima regola avea la moglie l'amministrazione libera dei suoi beni, come il godimento delle sue entrate, alle quali il marito non toccava; sotto il secondo il marito amministra i beni della moglie come nella comunione, e le entrate di questa invece di fornire un fondo comune appartengono al marito che ne dispone per suo particolare vantaggio; qui il cambiamento sarebbe più grande del passare dall'esclusione di comunione alla comunione, la quale sta nel mezzo dei due estremi! Che ne sarebbe se il sostituire un estremo all'altro dovrebbe farsi con effetto retroattivo?

Se il legislatore avesse creduto che i coniugi potrebbero passare da una regola ad un'altra con la sola condizione di restare fuori la comunione perchè non avrebbe permesso con tal condizione di fare un nuovo contratto durante il matrimonio? La cura da lui posta ad assicurare l'immutabilità delle convenzioni matrimoniali senza distinzione alcuna di regole, prova chiaramente per noi, come per Bellot (*loc. cit.*), l'assoluta invariabilità che ci vuole; e noi

(1) Conf. Bellot (III, p. 4-23); Rodière e Paolo Pont (I, 82, 83); Troplong (I-382); Odier (II-674);

Duranton (XIV-99); Battur (II-231).

crediamo che il pensiero della legge riasumasi in tal doppia idea: i coniugi saranno liberi di adottare il sistema di convenzione che meglio loro piacerà, ma questo sarà necessariamente unico e regolerà, senza potersi variare, la coniugale associazione dal suo principio sino alla fine.

Il pensiero d'immobilità, di unità risulta più dagli art. 1394 e 1395 (1348 e 1349) che dal nostro art. 1399 (1395 M). Questo è una applicazione del pensiero generale; e se il legislatore ha espresso formalmente la regola pel caso particolare di comunione, è unicamente perchè per questo ci trovava regole contrarie alle antiche consuetudini.

IV. — In tal modo dunque il contratto non può stabilire che un sistema unico e identico per tutto il tempo del matrimonio. Ma a quale regola i coniugi sarebbero sottoposti in faccia ad un contratto che con una condizione od un termine adotterebbe molte regole? Sarebbe alla tale o alla tale altra delle stipulate? spetterebbe di pieno dritto e sempre alla legale comunione? Bisogna appigliarsi a questo secondo partito.

E di fatti per parlar prima del caso di un termine, allorchè i coniugi han dichiarato di adottare la tal regola sino al tal tempo, e la tal'altra poi, non vedesi nella volontà delle parti pensiero alcuno di prender l'una delle due regole, o l'altra per l'intera durata del matrimonio; e poichè il contratto non manifesta la volontà dei contraenti su l'unico sistema che deve regolarli; è forza respingere tal contratto, e porre i coniugi sotto la regola del dritto comune, pari a quei che non hanno scritto matrimoniali convenzioni. Direbbesi inutilmente che se le due o tre regole cennate nel contratto prendevansi fuori la comunione, gli sposi hanno manifestata almeno la volontà di non essere in comunione, e perciò si deve scegliere l'una delle regole del contratto. Non potendosi preferire questa alla tal regola, il contratto è come se

non esistesse, o se si vuole, come se con esso le parti non abbian voluto la comunione. Or un contratto che direbbe quale regola non si vuole senza specificare la voluta, sarebbe come non esistente, e porrebbe i coniugi sotto la legale comunione (1).

Sarebbe lo stesso ove siavi una condizione. A mo' di esempio quando due sposi stipulano che resteranno separati di beni se non avranno figli, e che saran sottoposti alla regola esclusiva di comunione nel contrario caso, il loro contratto non dice nulla di chiaro quale dei due sistemi avrebbero preferito come loro regola assoluta con o senza figli; e poichè tal contratto non fa cenno della scelta dell'unica regola si reputa come non fatto, e pone i coniugi sotto la regola del dritto comune.

Con ciò si confuta la dottrina con cui Rodiere e Paolo Pont nell'ammettere in un caso particolare la nullità delle condizioni, da noi credute nulle in tutti i casi possibili, insegnano (n. 85, *in fine*) che l'esser nullo lo abbracciare con condizione le due regole diverse dalla comunione, non sarebbe governare i coniugi da questa, perchè nel contratto si indicherebbe di essersi voluta *escludere in tutti i casi*, e quindi dovrebbe dichiararsi li reggerebbe quella delle due regole indicate nel contratto che parrebbe più propria per l'autorità del marito e pei figli, *perchè la più morale*. . . La prima ragione tratta dal non volere i coniugi la comunione è senza effetto. Nè lo è meno la seconda per la quale tal regola dovrebbe preferirsi come più morale; tutte le regole che la legge autorizza sono tutte del pari e perfettamente morali. La sola da preferirsi è che deve regolare l'associazione è quella scelta dalle parti o indicata dalla legge per coloro che non ne hanno fatto esclusivamente la scelta.

V. — Cominciando sempre la comunione il giorno stesso della celebrazione del matrimonio, è erroneo il dire, come fa Toullier (XII, nn. 75-81) e poi Championnière e

(1) È questo un caso analogo a quello di chi farebbe un preteso testamento solo per dichiarare che ci vuole i suoi beni non passino ai suoi eredi

di sangue, senza dire a chi intenda lasciarli. Non sarebbe quello un testamento, ed in conseguenza i beni passerebbero agli eredi del sangue.

Rigaud (IV-2835), per aver mal compreso Dumoulin e Pothier, che la comunione non esista tra i coniugi durante il matrimonio; che si effettuò quando la moglie accettò la comunione dopo quel che chiamasi (impropriamente in questo sistema) scioglimento di essa; e che fino allora ella non sia in comunione, ma potrà esserlo: *non est socia, sed speratur fore*.

Fin'anco nelle consuetudini, alloraquando il marito riputato signore e padrone della comunione, aveva il dritto illimitato di disporre, che gli articoli del Codice 1422-1424 (TT) han ristretto, la comunione era durante il matrimonio, la moglie trovavasi in comunione, ed il *non est socia sed speratur fore* di Dumoulin, ricordato da Pothier, era un modo di esprimere con energia i dritti dell'amministrazione del marito. Trattavasi della relazione tra questi ed i terzi, e dicevasi che il marito poteva fare « *Come se la moglie non fosse con lui in comunione* ». Essa lo era dunque, ed in tal modo che lo stesso Pothier dice che come *capo della comunione*, come *mandatario della moglie* il marito può disporre della *porzione della moglie sua* (Pothier, *Comunione*, n. 22, 23, 498, ecc.).

Con maggior ragione non è da dubitare

della realtà della comunione sotto il Cod. Napoleone, il quale restringe i dritti, pria illimitati, del marito, e gli dà il nome più logico di *amministratore*, che sostituisce a quello di *signore e padrone*. E cosa importa la possibilità che il marito dissipi i beni comuni? Non ha perciò la moglie il dritto di chiedere la separazione per mettere in salvo la sua *porzione* di beni comuni, e *far finire la comunione*, che non potrebbe finire se non esistesse? Se il dritto di comproprietà della moglie non fosse, ed il marito fosse unico proprietario, non potrebbe quella lagnarsi dei dissipamenti di questo, e farla cessare! Vero che la moglie in compenso dell'eccedente potere di amministrazione del marito ha il dritto, sciolta la comunione, di rinunziarvi; ma un tal dritto prova come la comunione esistesse durante il matrimonio; e lungi dal dire che la moglie non è in comunione e può diventarla accettando, è d'uopo riconoscere che essa lo è, e può non esserlo rinunziandovi.

Il sistema di Toullier, Championnière e Rigaud distrugge tutte le disposizioni del Codice; ed a ragione è respinto da tutti gli scrittori (1).

PARTE PRIMA

DELLA COMUNIONE LEGALE

1400 (T). — La comunione che si stabilisce colla semplice dichiarazione di maritarsi sotto il regime della comunione, o

che deriva dalla mancanza d'ogni contratto, soggiace alle regole spiegate nelle seguenti sezioni.

I. — Secondo il testo, i coniugi son sottoposti alla legale comunione: 1° quando han dichiarato nel contratto, senza porre modificazione alcuna alle regole della legge, di adottare la comunione; e 2° quando *non vi è contratto*; ma ben si comprende che queste ultime frasi abbracciano non solo il caso in cui non vi è contratto, ma anche quello in cui il contratto già fatto

fosse legalmente non fatto, sia perchè steso in carta privata, o nullo per mancanza di forma, sia perchè si riporti ad un'antica consuetudine, o sia tanto oscuro da non far comprendere quale regola siasi voluta adottare, sia in fine, perchè adotterebbe vari sistemi invece di un solo per tutto il tempo del matrimonio.

(1) Vedi specialmente Duranton (XIV-96); Batteur (I-64); Zachariae (III, p. 408); Rodière e Paolo

Pont (I-293 a 295), Duvergier (sopra Toullier); Troplong (I-333).

SEZIONE PRIMA.

DI CIÒ CHE FORMA LA COMUNIONE ATTIVAMENTE E PASSIVAMENTE.

§ 1. — *Dell'attivo della comunione.*

1401 (T). — Lo stato attivo della comunione è composto:

1° Di tutti gli effetti mobiliari, che i coniugi possedevano nel giorno della celebrazione del matrimonio, come pure di quelli che loro pervengono durante il matrimonio a titolo di successione, od anche di donazione, quando il donante non abbia dichiarato il contrario;

2° Di tutti i frutti, rendite, interessi, ed annuità, qualunque sia la loro natura, scadute o percepite durante il matrimonio, e provenienti da beni, che appartenevano ai coniugi al tempo del loro matrimonio, o di quelli che loro sono devoluti durante lo stesso, per qualsivoglia titolo;

3° Di tutti gl'immobili acquistati durante il matrimonio.

1402 (T). — Qualunque immobile si ritiene come acquistato in comunione, se non è provato che uno de' coniugi ne aveva prima del matrimonio la proprietà,

od il legale possesso, ovvero che gli è pervenuto dappoi per titolo di successione o di donazione.

1403 (T). — I tagli de' boschi ed i prodotti delle cave e delle miniere, cadono nella comunione per tutto ciò che è considerato come usufrutto, secondo le regole spiegate al titolo dell'*Usufrutto, dell'Uso e dell'Abitazione*.

Se durante la comunione non sono stati fatti i tagliamenti de' boschi che potevano essere fatti a norma delle suddette regole, ne sarà dovuta la compensazione al coniuge non proprietario del fondo od a' suoi eredi.

Se le cave e le miniere sono state aperte durante il matrimonio, i prodotti non cadono nella comunione, salvo che colla compensazione od indennizzazione a favore di quello fra i coniugi cui potrà essere dovuta.

SOMMARIO

I. La comunione, i di cui beni formano un terzo patrimonio in faccia ai due patrimoni dei coniugi, e che ha specialmente l'usufrutto dei beni di questi (censura delle idee di Toullier), ha per attivo tre sorta di beni.

II. 1° Beni mobili dei coniugi. L'azione di ricupera o di ricompensi su di una precedente comunione è mobile o immobile secondo il risultamento della liquidazione. Errore di Toullier; confutazione della dottrina di Troplong.

II bis. La stessa regola è per le obbligazioni alternative; secus per le facultative. Dell'obbligazione di fure.

III. Ogni rendita è mobile, ed entra perciò in comunione la rendita vitalizia non meno che le altre. Errore di Toullier.

IV. La comunione abbraccia tutti i mobili dei coniugi da qualunque causa loro provenga-

no, anche per successione o donazione; non importando che nella divisione il coniuge abbia ricevuto oltre i mobili anche degli immobili. Lo stesso è dei crediti attribuiti per intero alla porzione del coniuge dividendente. Dissenti da Duranton.

V. Le opere letterarie, scientifiche o artistiche vanno nella comunione (Errore di Toullier e Battur). Idem degli uffici trasmissibili, ma il titolare sopravvivate non è obbligato a venderli. Della metà del tesoro attribuito jure soli al coniuge proprietario del fondo. Si dissente da molti scrittori. Rimando per la legge dei 23 giugno 1850.

VI. 2° Frutti dei beni propr. La comunione abbraccia tutti i frutti naturali o civili maturati o percepiti durante il suo corso. I frutti anteriori al matrimonio vi si come prendono non come frutti, ma come mobil-

ordinario. — Errore di Odier. — Rimando al titolo dell'Usufrutto per diverse regole. — Si deve un compenso alla comunione per le spese di semente, cultura, ecc. su i frutti esistenti nei beni propri di un coniuge al tempo dello scioglimento. Deve ugualmente essere ristorata per ogni raccolto che avrebbe dovuto farsi sopra un fondo proprio, innanzi lo scioglimento.

I. — L'attivo della comunione coniugale abbraccia tre specie di beni: 1° tutti i beni mobili che i coniugi possedevano maritandosi, e quelli che essi acquistano durante il matrimonio per successione o donazione, tranne in quest'ultimo caso, che il donante non disponga delle cose mobili con la condizione che sarebbero di proprietà del donatario; 2° tutti i frutti dei beni che rimangono propri ai coniugi; 3° in ultimo tutti i beni, anco immobili, acquistati in comune dai coniugi. In tal modo la comunione ha intera proprietà di quasi tutte le cose mobili, degli immobili acquistati in comune, e l'usufrutto dei beni rimasti di proprietà ai coniugi.

Si può adunque ben dire che la comunione forma in una casa tre patrimoni: quello del marito, ossia i beni che gli restano propri; il personale patrimonio della moglie; quello infine della comunione che abbraccia la proprietà dei beni non propri dei coniugi, e il godimento de' propri. Un tal modo di dire non è per nulla inesatto, ed è di non conto la censura che fa Toullier (XII-82) a Delvincourt, Prondhon ed altri, per aver detto che non ben comprendere la posizione dei coniugi che son in comunione, bisogna considerare questa come una persona morale posta tra il marito e la moglie, la quale è proprietaria dei beni a lei personali, mentre ha l'usufrutto dei beni dei coniugi; il suo patrimonio amministrasi dal marito, e che n'è mandatario.

Sono assurde tali idee per Toullier, il quale pretende, come si è visto nell'art. 1399 (1395 M), che la comunione non esista, che il Codice dica parole vuote di senso nel parlare d'una società pecuniaria che ha principio con la celebrazione del matrimonio, e fine col suo scioglimento,

VII. 3° Acquisti Tutti i beni si presumono comuni fino alla prova contraria fatta da uno dei coniugi; provandosi o che il coniuge abbia avuto pria del matrimonio la proprietà dell'immobile o il suo possesso civile (errore di Toullier) o che abbia acquistato i beni durante il matrimonio per una delle cause per cui possono derivare dei beni propri.

e che i beni chiamati a torto della comunione sono beni del marito; negando anco l'esistenza della comunione, ed in conseguenza la possibilità dei dritti appartenenti a questa, Toullier tiene come altro assurdo l'usufrutto o dritto di godimento che appartiene a tal comunione su i beni propri dei coniugi, e cogliendo qualche speciale varietà tra il dritto di godimento e quello dell'ordinario usufrutto, conchiude non esservi usufrutto nella nostra materia. Ma noi che stimiamo come ogni altro, che la comunione è comunione, e i beni comuni son beni comuni, noi che non immaginiamo che per far trionfare una idea strana possansi distrurre le disposizioni di un intero titolo, e che anco crediamo (e Duvergier annotatore di Toullier si accosta anche a noi) che il sistema del dotto professore di Rennes è una eresia, diciamo che oltre, e di fronte ai beni appartenenti primieramente (e solo per la nuda proprietà) al marito da un lato, alla moglie dall'altro, esiste un fondo di comunione, un sociale patrimonio, il quale comprende insieme con l'intera proprietà di altri lucri il godimento di quelli dei coniugi.

Non fa d'uopo ammettere che la comunione per una finzione di dritto, ch'esiste in altre circostanze, costituisca propriamente una persona giuridica, civile (non che la sua esistenza sia assurda, checchè ne dica Toullier, perchè non lo sarebbe dappoi nella società coniugale, siccome osserva Duvergier, di quello che non lo è nelle società commerciali, la cui natura se meglio studiata da Toullier gli avrebbe tolto le false idee, intorno a ciò professate). Ma se non esiste giuridicamente una persona civile, la comunione non è una parola

vuota di senso, e a lato delle due masse di beni, personali gli uni al marito, gli altri alla moglie, ve n'ha un' altra di beni comuni di cui fa parte il dritto di usufrutto delle due prime (1).

I beni della società coniugale chiamansi o *beni comuni* o *acquisti* (*conquets* o *acquets*) indistintamente; ma quest' ultime espressioni sono esatte pei beni che pervengono alla comunione durante il matrimonio, nel mentre quella di *beni comuni* si applica tanto a quei che formano il fondo sociale nel punto del matrimonio, che agli altri. I beni personali dei coniugi chiamansi *propri di comunione* o semplicemente *propri* (2).

Esaminiamo ciascuna delle tre classi di beni componenti il fondo sociale.

II.—1° **BENI MOBILI.**—La comunione abbraccia tutti i beni mobili dei coniugi, come anco quei che lor pervengono durante il matrimonio, e quelli che loro appartenevano il giorno delle nozze (3). Abbiamo spiegato abbastanza nel titolo 1 del lib. 2 (art. 516-536 (439-461)) quali beni son mobili, quali altri immobili; ma dobbiamo esaminare molte quistioni più o meno delicate che sorgono da questa prima parte dell'art. 1401 (T).

Il dritto di ricompensa che un coniuge dovrebbe esercitare su d'una comunione precedente, per cagion di capitali suoi propri entrati nella cassa comune, entra necessariamente nella sua seconda comunio-

ne? Secondo alcuni è questo un **CREDITO**, un dritto *ad pecuniam* sempre mobile e che cade forzosamente nella nuova comunione; secondo altri invece esso deve riguardarsi siccome cosa che entra nella **COMPROPRIETÀ** del coniuge su i beni comuni da dividere, in modo che la sua natura resta alternativa e indeterminata sino alla divisione per diventare mobile o immobile, ed entrare o no nella comunione secondo che nella divisione il coniuge avrà per le sue azioni mobili o immobili. La quistione non è dubbia.

La prima dottrina fu abbracciata nello antico dritto sino a Pothier, ma la seconda cominciò a prevalere pria del Codice Napoleone, ed è quella consacrata oggi dagli art. 1470, 1476 (TT). Vero che la contraria opinione professata in pria da Toullier, senza buona fortuna (XII-3), è con forza sostenuta da Troplong (I, n. 374-400) (4); ma la lunga dissertazione del celebre magistrato, anzichè combattere vittoriosamente la giurisprudenza stabilita oggi in senso contrario, trae con se la confutazione dell'erroneo sistema che si sostiene (5).

Egli, dopo avere dottamente stabilito questo fatto (non contrastato da chiechessia), che nel vecchio dritto era sempre prevaluto aver quel dritto necessariamente indole mobiliare e quindi appartenere alla novella comunione, afferma non essersi mai mutata cotesta idea, e il mutamento avvenuto più tardi, e di cui Po-

(1) Toullier cade in un uguale errore e forse più strano per la regola dotale quanto al dritto del marito sui beni dotali (art. 1349, n. II (1362)).

(2) In altro tempo i beni comuni chiamavansi *conquets* (e non *acquets*); e i beni personali dei coniugi dicevansi *propri di comunione* (e non semplicemente *propri*). La ragione era che la legislazione consuetudinaria ammetteva riguardo ai *conquets* opposti ai *propri di comunione*, in materia di società coniugale, degli *acquets* opposti ai *propri di successione* in materia di eredità. I *propri di successione* erano i beni che il defunto avea ricevuto in retaggio; gli *acquets* erano quelli che egli avea avuto in tutt' altro modo, e che quindi non costituivano beni di famiglia. — Oggi che la legislazione non occupasi più dell'origine de' beni in materia di successione (art. 372 (288)), la parola *propri* vuol dire per se sola *propri di comunione*, e i beni comuni possono dirsi *acquets* e

conquets, il Codice usa indifferentemente or l'una or l'altra espressione (art. 1402, 1408 (TT)).

(3) Tutti gli oggetti mobili che servono all'uso dei due coniugi in comunione, si presumono legalmente far parte di essa, tranne che l'uno dei coniugi non provi di appartenergli in propria virtù d'una clausola del loro contratto di matrimonio o d'un titolo espresso: non basterebbe che l'uno dei coniugi, specialmente la moglie, giustificasse aver comprato tali oggetti durante il matrimonio e con danaro che direbbe proprio. Parigi, 17 gennaio 1854; Cass., 22 marzo 1853 (Dev., 54, 2, 209; 55, 1, 246).

(4) *Junge*: Nancy, 16 febbra. 1852 (Dev., 52, 2, 545).

(5) Abbiamo già confutato tal dottrina di Troplong in un articolo pubblicato dalla *Revue de droit français et étranger* (1850, p. 206). — Vedi anche *Revue critique* (tom. 2, p. 577).

thier avvertiva già i progressi, riguardare altro punto, essere un *inconcepibile errore* applicare il mutamento alla idea di cui è discusso, e la *distrazione di una bella mente per poco sciata* essere stata qui tolta *per la scortata di una scienza profonda*. Certamente questo ragionamento, per quanto sia affermativo, pure è inesatto. Verissimo che la questione, in cui Pothier avvertiva il cambiamento, non era la nostra quanto *alla conseguenza* cercata dall'una e dall'altra parte, ma era la nostra quanto *al principio* da cui derivava quella conseguenza. Pothier spiegava appunto il mutamento *del principio*, perchè infatti ammesso una volta, necessariamente e naturalmente ne veniva la conseguenza cercata da Pothier (non che quella cercata da noi). Egli domanda, al par di noi, se le azioni di ricupera che un superstite ha dritto di esercitare sulla comunione già sciolta costituiscano per lui un *credito*, se quindi siano un *debito* per la comunione ed anche per la successione del predefunto (per la metà di cui questi va tenuto). Egli risponde essere un *tero debito*, ma taluni credere altrimenti. « Coste azioni di ricupera, egli dice, sembra loro doversi riguardare non tanto come un *credito*, quanto quelle che danno a chi le ha un *dritto maggiore nella comunione*, e in conseguenza la successione del predefunto non dovendo tenersi come *debitrice*, ma come quella che non sia stata mai *proprietaria* di altre cose nri beni della comunione, se non di quelle che le sono tenute, riguardandosi il rimanente *essere sempre appartenuto* al superstite che dovea esercitare quelle azioni; che è una conseguenza dello *effetto dichiarativo e retroattivo dato alle decisioni* dalla nostra giurisprudenza ». Alla fine indica i casi ai quali si dovrà restringere la *moderna opinione*, se seguita. (Suc., cap. V, art. 2, § 1, 13 e 15). — E questo il principio che risolve la nostra questione, e bisogna indagare se il Codice abbia consacrato la moderna idea di un dritto di *comproprietà*, ovvero l'antica di un dritto di *credito*. Or non v'è dubbio in ciò, poichè lo stesso Troplong ricono-

sce avere il Codice seguito la novella opinione. Egli dice: « il Codice ha voluto far prevalere l'ultimo stato delle idee; dando al coniuge un dritto di prelevazione, ha fatto dell'azione di ricupera un peso *reale* della comunione. Il coniuge riprende la cosa come *proprietario*, non come *creditore* (n. 389) ».

Cosa strana e che prova come Troplong sia qui caduto nella confusione che egli ad ogni piè sospinto rimprovera ai suoi avversari.

L'onorevole magistrato, benchè la sua confessione del mutamento adottato dal Codice doveva troncara ogni questione, sostiene ancora un argomento che non può più reggere. « Certamente, egli dice in sostanza, il coniuge riprende a titolo di proprietario. Ma che cosa ha dritto di riprendere con questo titolo? Una determinata somma, i denari stati alla comunione che questa tiene in deposito, rimanendone la proprietà al coniuge. Gli immobili della comunione, fossero pure comprati del danaro del coniuge, non sono proprietà di lui, il quale può prenderli a titolo di dazione in pagamento. La comunione è come ogni altro depositario, contro tutti i beni del quale si può agire ove non restituiscia in specie il deposito (nn. 390-393) ». Troplong allega in sostegno della idea della dazione in pagamento l'autorità di antichi scrittori, e tornando poi sullo stesso argomento nel seguente tomo (III, 1633), allega parimente una notevole decisione di Caen del 1832, la quale benchè giudichi che l'azione di ricupera si esercita a titolo di proprietà e non a titolo di credito, avrebbe secondo lui giudicato del pari che il coniuge usisce sugli immobili a titolo di dazione in pagamento.

Che ammasso di errori! E in prima egli proclama avere il Codice adottato l'ultimo dei due sistemi che sono stati di fronte da tre secoli, quello cioè di un dritto di *proprietà*; e per un singolare errore essersi sviluppato ed applicato come sistema legale il primo, quello di un dritto di *credito*. di un *debito* a riscuotere, di un *pagamento* a ricevere. Leggete specialmente il suo co-

mentario dell'art. 1471 (T) (III n. 1628 1632). Il dotto magistrato vi parla della moglie obbligata in mancanza di denaro, a pagarsi sulle cose mobili; della moglie, a cui è dovuta una somma, e si offrono *in pagamento* dei mobili, d'onde la conseguenza ch'ella può far vendere i mobili, affin di ricevere i *denari che le son dovuti*; allega poi Coquille (sostenitore dell'antico sistema che egli ha dichiarato non esser quello del Codice) dicendo che la vedova non è tenuta a prendere i mobili *in pagamento*, essendo per lei un *debito pecuniario* (n. 1628). Similmente per gl'immobili sui quali la moglie *si paga* dopo discussi i beni mobili; ella a sua scelta, egli dice, potrà prendere un immobile *in pagamento* o farlo vendere onde farsi *pagare* in denaro (num. 1629); per la semplice ragione che si tratta di *denaro dovuto alla moglie* (n. 1630). Così un *debito* per la comunione, un *credito* per la moglie, è questo il sistema sviluppato da Troplong che invoca l'autorità di Coquille e di altri, da lui il quale insegna che il Codice ha rinunziato l'antico sistema di Coquille e degli altri, e che la moglie agisce oggi a titolo di *proprietaria*, non di *creditrice*! Indarno l'illustre magistrato veste il suo inesatto concetto con un linguaggio non proprio di un giureconsulto, e che potrebbe ingannare un lettore disattento per strana mescolanza di termini inconciliabili e contraddittori. Così Troplong ci dirà, e che la moglie può scegliere o di prendersi i mobili o gli immobili *in pagamento*, o di farli vendere, onde farsi *pagare in denaro* affinché ritrovi i *denari che le appartengono*, la somma di cui ella è *PROPRIETARIA* (n. 1629); e ripete più volte (n. 1632 ed altrove) che nei valori mobiliari o immobiliari della comunione le sono attribuiti *a titolo di pagamento* e come *modo di liberazione* di una somma determinata di cui ella è *PROPRIETARIA*! O Come se fosse possibile che la moglie fosse proprietaria di denaro e non creditrice, quando pure non esistano denari, ma solo beni in natura che le si danno in pagamento! Come se la dazione in pagamento non fosse esclu-

siva del dritto di proprietà nella persona che si paga e non supponesse di necessità il dritto di credito! In tanta contraddizione di parole il dritto di credito è quello che esiste in fondo nella teoria da noi confutata, riconoscendosi alla moglie il dritto di rifiutare i mobili o immobili che le si vogliono dare in specie, e pretendere che siano venduti per pagarla in danaro, il che non potrebbe fore pei mobili e immobili che ella si dividerebbe a titolo di comproprietaria. Dunque è vero che Troplong persista sempre nello antico sistema di un dritto di credito, tuttochè proclami non averlo il Codice ammesso; e l'aggiunto di proprietaria che di quando in quando dà alla moglie, e per cui egli par che illuda se stesso, non rende meno strana la sua dottrina, ma invece più viziosa.—Costoso gravissimo errore di Troplong è più o meno nascosto da quest'altra idea di esservi pagamento di debito quando si prendono i beni in specie e non quando si riceve denaro, il quale a sentimento di lui è rimasto proprio del coniuge, e la comunione è stata depositaria nel senso proprio della parola. Altro più grave errore. Come mai un giureconsulto ha potuto per un momento pensare che la comunione sia semplice depositaria dei denari del coniuge? Non ha la comunione il dritto di godere dei loro capitali come di tutti gli altri beni, e il dritto di godere non è incompatibile con la qualità di depositario? Chi ha il dritto di godere di una somma (coll'obbligo di restituirla una eguale) ne è proprietario (art. 587 (512)); pertanto il capitale proprio di un coniuge messo in comunione diventa cosa comune, e la ricompensa che si esercita anche sul danaro non è più un retratto di cose proprie, come quella che si esercita sopra i beni immobili.

Infatti (altro errore non meno strano degli altri) quando si domanda se il coniuge il quale vuole la sua ricompensa agisca o no qual proprietario, non si tratta, come stima Troplong, della proprietà esclusiva del coniuge sopra una cosa rimasta sua propria, ma della sua *comproprietà* sopra una cosa *comune* che egli preleva: la qui-

stione (sul senso della quale Troplong si è ingannato) è se il prendersi questa cosa comune sia un pagamento di credito, ovvero un prelevamento che costituisce uno degli atti di divisione della comunione. Che cosa dunque importa questa incredibile obiezione di lui, che gl'immobili acquistati appartenendo sempre alla comunione, vi ha confusione quando si crede che essi sieno prelevati a titolo di proprietario?

L'errore è di lui che confonde il prelevamento dei beni comuni per le azioni di ricupera con il ritratto dei propri. Certo gl'immobili acquistati sono beni comuni, e non propri, ma la nostra questione si applica appunto ai beni comuni e non già ai propri. Troplong avrebbe schivato cotesto errore se avesse letto Pothier, il quale trattandosi di beni propri non parlerebbe di un dritto maggiore nella comunione (non essendo i beni propri nella comunione); non parlerebbe degli effetti della *decisione* (non dividendosi i beni propri); non direbbe che la cosa prelevata si reputi essere appartenuta sempre al coniuge (i beni propri appartenendogli sempre realmente). Che importa lo allegare più volte Renusson Ferrières, Coquille ed altri, i quali tutti professavano l'antico sistema già abbandonato dal Codice? Ed è altro errore di lui il presentare in fine la decisione del 1832 come se ammettesse l'idea della dazione in pagamento, avvegnachè quella decisione trovi invece non ammissibile quell'idea tanto che la porge come una prova del non potersi ammettere il principio da cui si genera.

Abbiamo dunque per certo insieme con gli scrittori e la giurisprudenza, che secondo il sistema indicato e non adottato da Pothier, ammesso poi dal Codice, i beni ottenuti per lo esercizio del dritto di ricupera entrano o pur no nella novella comunione secondochè son mobili o immobili (1).

Il bis. — La sopraddeffa regola si applicherebbe pure ad ogni credito alternativo di un coniuge, e di cui due oggetti sarebbero l'uno mobiliare, l'altro immobiliare; come per esempio, se il coniuge fosse legatario o di un immobile o di una somma di 15,000 fr. dovutigli dall'erede. Se questi paga la cosa mobile, il dritto è mobiliare e spetta alla comunione; se rilancia l'immobile, il credito resta immobiliare e l'oggetto in proprietà del coniuge. Se l'obbligo fosse semplicemente facoltativo, non si dovrebbe riguardare la natura dell'oggetto rilasciato al creditore. Allora infatti un solo, non due sono gli oggetti dell'obbligazione (il secondo essendo soltanto in *facultate solutionis*), e la sua natura si determina da quella dell'unico oggetto; se l'oggetto dovuto è mobile, ed immobile quello che è in facoltà di darsi, sarà della comunione il credito, sebbene il coniuge riceva l'immobile dal debitore.

Il già detto per le azioni di ricupera o ricompeusi da esercitare sopra una precedente comunione e per tutti i crediti alternativi, deve pure, a nostro sentimento, applicarsi ad una obbligazione di fare (Pothier, *Introduzione alle consuetudini*, numero 50) insegnava, come fa anche oggi Troplong (1-401), che cade sempre nella comunione cotesta obbligazione che per lo inadempimento del debitore si muta in una semplice obbligazione di determinata somma. Idea inesatta. Quando l'obbligazione di fare si muta in obbligazione di somma determinata, essa cadrà nella comunione; ma nel suo stato primitivo l'obbligazione può delle volte essere immobiliare. Così quando un intraprenditore si è obbligato fabbricarmi una casa sul mio terreno, l'oggetto del mio credito è *domus aedificanda*, è una casa; se questa mi si riserba, se l'obbligo si esigne direttamente, anzichè mutarsi in obbligazione pecuniaria,

(1) Coin-Delisle (*Revue de droit français*, 1846, t. 1, p. 657); Paolo Pont e Rodière (1-355); Cnen, 19 genn. 1832 e 31 dic. 1852; Rouen, 10 luglio 1845; Parigi, 21 febr. 1846 e 31 marzo 1853; lig. civ., Concl. conf. di Nicolas Gaillard, 28 marzo

1849; Rigetto, 8 aprile 1850 (Dev., 41, 2, 82; 46, 2, 305; 49, 1, 353; 50, 1, 356; 53, 2, 337 e 341); Bourges, 20 aprile 1855 (Dall., 56, 2, 41); Cass., 30 maggio 1854 (Dev., 51, 1, 386); 23 febb. 1853 (Dev., 53, 1, 373).

la cosa acquistata è un immobile e non entra quindi nella comunione. Ma se il fatto del debitore dovesse procurarmi o mercanzie o denari, o altri valori mobiliari, il credito entrerebbe nella comunione (1).

III. — Se l'obbligazione di fare può riguardarsi ora come mobiliare ed ora come immobiliare, non è così d'una rendita, avvegnachè tutte le rendite fondiarie, o costituite perpetue o vitalizie si dichiarino tutte mobili dal Codice. Qualunque rendita adunque di uno dei coniugi entrerà nel fondo comune. Toullier (XII-110) s'inter tiene lungamente a dimostrare il contrario per la rendita vitalizia, pretendendo che la comunione abbia dritto alle rendite, alle annualità che son prodotte dalla rendita durante il matrimonio, ma che la rendita riman propria del coniuge, il quale sciolta la comunione ne riprenderà il godimento.

Egli ne assegna per motivi: 1° che la rendita vitalizia non è una vera rendita, un dritto che produce vere annualità, bensì un dritto ad una serie di piccoli capitali, che si pagano in ogni anno, d'onde seguirebbe, secondo egli crede, che la comunione debba far suoi quei capitali che pervengono al coniuge mentre ella dura, ma non già quelli che pervengono dopo il suo scioglimento; 2° che la rendita vitalizia deve riguardarsi come un dritto intimamente ammesso alla persona del creditore, cotale che si può alienare efficacemente con la dichiarazione espressa della volontà di lui, e non mai col semplice fatto del creditore, di adottare la regola della comunione legale. Toullier svolgendo ampiamente queste idee le rafforza qua e colà dell'autorità di antiche decisioni o di qualche passo di antico scrittore.

In tutto questo havvi errore e confusione. E primieramente non debbono nella questione farsi entrare tutte le autorità dello antico dritto, e perchè l'indole della rendita vitalizia, già tempo molto dubbia e controversa, è oggidì nitidamente stabilita dal Codice, e perchè essendo le rendite,

spesso immobili nello antico dritto, mentre oggi son mobili, dovevano allora essere escluse dalla comunione per la regola che oggi gliele fa entrare. Ora il primo motivo di Toullier è due volte falso; da una mano la rendita vitalizia è oggidì secondo il Codice Napoleone una vera rendita propriamente detta e che giuridicamente produce vere annualità. Le somme percepite in ogni anno dal creditore di una rendita anzichè essere, se non puri capitali, almeno un misto di rendite e di capitali, come molti scrittori di già insegnavano, sono giuridicamente pure rendite, semplici annualità. Di che è prova l'art. 588 (543) che dà tutte le somme all'usufruttuario, il quale non vi avrebbe dritto se esse si stinassero legalmente contenere una porzione di capitale; e il principio è adottato assolutamente, non eccezzione nemmeno un caso speciale di cui parlava Pothier, e che secondo equità avrebbe dovuto esserlo. È dunque falso in prima che la rendita vitalizia sia il dritto di ricevere una serie di capitali; e quindi non regge il principio; ma fosse anche vero il principio, fosse anche la rendita vitalizia un credito che abbia per oggetto una serie di capitali che si pagano ad ogni anno o ad ogni sei mesi fino alla morte del creditore, il credito entrerebbe nella comunione per tutte le somme da ricevere, essendo una cosa puramente mobiliare! Forse i diversi crediti mobiliari di chi si marita colla comunione non entrann tutti in questa, non importando del tempo in cui debbansi riscuotere le somme dovute? Forse essendo il credito una volta appartenuto alla comunione, perchè cosa mobile, non è di nessuna importanza se si paghi durante la comunione, o dopo il suo scioglimento? — La seconda idea di Toullier non è più esatta della prima. Poichè egli stesso confessa che la rendita vitalizia può alienarsi come qualunque altra cosa, e che sia cosa mobile, essa è alienata, e trasmessa alla comunione dal coniuge che

(1) Conf., Merlin (*Rep.*, alla parola *Legato*) Du-

gnet (*sopra Pothier*), Paolo Pont e Rodière.

adotta questa regola, la quale abbraccia, secondo la legge, tutti i beni mobili dei coniugi. Invano dice Toullier esser necessaria per tale alienazione una volontà espressa. Forse la volontà non si richiede sempre per alienare qualsiasi cosa? Forse una rendita non vitalizia o altra cosa potrebbe alienarsi senza la manifesta volontà del proprietario? La volontà espressa di chi aliena, o come dice lo stesso Toullier, una disposizione formale della legge è necessaria sempre; ma tal condizione esiste o nella dichiarazione del coniuge che adotta la comunione legale, o nella disposizione della legge che lo sottopone a quella regola per non essersi fatto contratto. Pertanto la strana dottrina di Toullier è tanto erronea che brue a ragione tutti gli scrittori, non eccettuato Duvergier che ha continuato ed annotato le opere di lui, la hanno rigettata (1).

IV. — Abbiamo detto doversi comprendere nella comunione tanto i mobili che acquistano i coniugi durante il matrimonio, anche per successione o donazione, come pure quelli che loro appartenevano al giorno della celebrazione. Diciamo anche per successione o donazione, poichè la legge ha indicato con specialità queste due cause di acquisto, come le più personali ai coniugi, e su cui non vi sarebbe punto a dubitare, intendendo comprendervi a fortiori tutte le altre. Le disposizioni delle consuetudini di Parigi e i processi verbali della compilazione del Codice non dan più luogo a dubbi: tutti concordano intorno a ciò.

Nel caso di donazione (su cui ritorneremo all'art. 1404 (T)), se i mobili donati al coniuge vanno nella comunione per regola

generale, per eccezione e per la condizione imposta dal donante, possono rimanere in proprio. Però i mobili acquistati dal coniuge per successione son sempre ed assolutamente in comunione. Così se nella divisione di una successione di 200 mila fr. metà mobili e metà immobili, a m^a di esempio 100,000 fr. di rendita sullo Stato, ed una casa dell'ugual valore, spetta ad uno dei coeredi la casa, all'altro le rendite; queste cadranno tutte nella comunione, nè il coerede potrà pretendere di ritenere in proprietà una parte proporzionale al diritto che godeva sopra tutti i beni ereditari, cioè una metà, ossia 50 mila fr. Questa idea proposta da Lebrun, ma respinta già da Pothier (Com., n. 109), non ha trovato un seguace sotto il Codice, poichè in fatti urla coll'art. 883 (803), secondo il quale la divisione vien reputata come dichiarativa di proprietà, e ciascun coerede come se non abbia giammai ab initio avuto diritto sulla quota che gli spetta.

Duranton (XIV-119) opina che siano eccettuati da questo principio i crediti, poichè l'art. 1220 (1173), senza aspettare lo effetto della divisione e la morte del *de cuius*, dispone diversamente i crediti dividere fra gli eredi secondo la quota ereditaria. Ma così vorrebbe ad elargirsi di troppo la disposizione dell'art. 1220 (1173). La divisione che questo articolo fa fra tutti gli eredi, per regolare immediatamente la loro condizione in faccia ai debitori, non osta per nulla all'applicazione dello art. 883 (803), ed è semplicemente, in qualche modo, provvisoria. Gli eredi saranno senza dubbiu liberi, ove lo vogliano, di dividersi i crediti, riservandosi di dividere poi il resto della successione; ma potranno bensì,

(1) Demante (*Thémis*, t. VIII, p. 169), Dalloz sulla parola *Contratto di matrimonio*; Duranton (XIV-125); Balth (I-136); Bellu (I, p. 169); Paolo Pont e Hurlère (I-352); Duvergier (supra Toullier); Troplong (I-467); Henues, 16 luglio 1844; Agen, 6 marzo 1844 (Dev., 41, 2, 353; Ball., 43, 2, 56).

Non sarebbe così se la rendita vitalizia si fosse dichiarata inalienabile, e da non potersi cedere; l'eccezione si applica a tutte le somme o pensioni che non si possono cedere o per l'atto costitutivo o per qualche disposizione di legge.

Glandaz (art. *Comunione nella Enciclopedia*, numero 39) applica l'eccezione ad ogni pensione di alimenti, fosse pure non dichiarata tale da non potersi cedere. Si va troppo in là. — Vero che allora non si possono cedere, cioè non si può spogliare suo malgrado il creditore, ma questi può sempre da se spogliarsi se lo trova comodo; potendo alienare può dunque fare entrare in comunione. Dig., 21 giugno 1813; Rig., 31 mag. 1826; Demante (loc. cit.); Troplong (*Vendita*, n. 227); Rodière e Paolo Pont (I-353).

se lo giudicano convenevole, riunire i crediti agli immobili, e fare unica divisione, potendo dare all'uno più immobili, all'altro più crediti, rimontando, come sempre, le effetti della divisione al giorno della morte (1). Adunque i crediti che riceverà un coniuge caderanno ugualmente nella comunione.

Non fa mestieri il dire che in tutti questi casi si suppongono delle divisioni fatte di buona fede; poichè se si provi essersi adoperata la frode, sia per avvantaggiare la comunione con discapito del coniuge, sia per danneggiare questi, la divisione sarà nulla. La frode fa venir meno tutti i principi: *Fraus omnia corrumpit*.

V.—Nella comunione adunque vengono a fondersi tutti i beni mobili dei coniugi, tanto quelli che loro appartengono al momento della celebrazione, come anche gli altri, che in seguito essi acquistano, sia per successione o donazione, sia per cagione dei loro travagli od industrie (2), sia come compenso di uffici da loro esercitati, sia per effetto di scommesse o di giuochi, sia infine per qualunque altra siasi causa; e fra questi beni mobili si comprenderanno, come noi abbiain già detto nel lib. II, gli uffici che legalmente si possono trasmettere come anche le proprietà letterarie o scientifiche. Ma il tesoro che si rinviene nella proprietà di un coniuge sarà, come parimente abbiain detto, in comunione per la sola metà di chi lo ha trovato. Ribadiamo meglio questi vari punti.

Le produzioni letterarie, scientifiche o artistiche, essendo beni mobili, apparterranno alla comunione. Ciò non ostante Toullier (XII-416) e Battur (II, pag. 188) insegnano che la comunione godrà dei frutti della cosa, cioè del prodotto dell'edizioni fatte durante il matrimonio, come anche (ciò che è contraddittorio allo stesso sistema)

del prezzo capitale della vendita, che si farebbe durante la comunione, restando proprio dell'autore il diritto, se mai non sia stato ceduto al tempo dello scioglimento. Questa dottrina è inammissibile. Né vale il porre innanzi l'art. 39 del decreto del 5 febbraio 1810, che assicura la proprietà all'autore ed *alla sua vedova*, se le contenzioni matrimoniali gliene danno il dritto, intendendo che sia necessaria una clausola speciale perchè la vedova ne acquisti il dritto; mentre la frase intende semplicemente: « se il dritto deriva alla moglie dalla regola secondo la quale essa è maritata ». Per altro la stessa contraddizione di quel sistema ne addimostro evidentemente lo errore; poichè se l'immobile appartiene al coniuge, gli apparterrà parimente il prezzo della vendita fattane durante il matrimonio; la cosa è un mobile, dunque andrà nella comunione, non essendovi eccezione; ed a ragione la dottrina di Toullier e Battur è stata respinta da tutti gli scrittori (3). Questa regola, come ben a ragione è stato dimostrato da Troplong (I-435 e 436), non sarebbe da applicarsi ai manoscritti fatti dai coniugi per conservarsi come carte di famiglia, e senza aver nemmeno l'idea di renderli pubblici, e alle lettere confidenziali dei parenti o degli amici, che quelli han conservato. Queste cose son proprie, e personali ad un coniuge; non però i manoscritti destinati alla stampa o gli autografi raccolti per curiosità, i quali avendo un valore venale, entrano nella comunione.

Gli uffici che si posson trasmettere, quelli cioè pei quali il titolare ha dritto di dare un successore, stabilito prima con lui delle convenzioni pecuniarie, vanno coi beni incorporati puramente mobiliari, e fan parte della comunione. Nei tempi andati, per tema non si estendesse di troppo la classe

(2) Zachariae (IV, p. 486, nota 8 e III, p. 415); Odier (I-78); Rodière e Paolo Pont (I-357); Troplong (-370); ma egli non risponde all'obiezione, e non ebbe sull'occhio la difficoltà; Rig., 24 gennaio 1837; Rig. civ., 20 die. 1848 (Dev., 37, 1, 106); Il Dritto, 22 die. 1848).

(1) Ma i vantaggi di una intrapresa incominciata durante la comunione, che han luogo dopo il suo

scioglimento, le appartengono in quanto le operazioni fatte dopo lo scioglimento sono conseguenza necessaria dell'intrapresa prima incominciata. Ric., 19 nov. 1851 (Dev., 52, 1, 32).

(3) Duranton (XIV-131); Glunaz (n. 38); Zachariae (III, pag. 413); Paolo Pont e Rodière (I-363); Troplong (I-434).

dei beni mobili, essi venivano reputati come immobili (Pothier, *Delle persone e delle cose*; n. 267, *infine*); ma oggi che questi beni si costituiscono senza aver riguardo al valore delle cose, è manifesto che il dritto di presentazione ad un ufficio è mobiliare, avendo per oggetto una somma di denaro. La comunione adunque vi ha dritto, sia che il marito godesse di quell'ufficio quando si maritava, sia che l'acquistasse durante il matrimonio, anche a titolo gratuito (tranne il caso di una donazione fatta con condizione che resti nella proprietà del donatario). Inoltre se il titolare sopravvive allo scioglimento della comunione, gli eredi della moglie non potranno pretendere la vendita dell'ufficio, ma solo la metà del valore, secondo la stima; poichè la legge, in mancanza del titolare, dà dritto ad altri di presentare un successore. Ma qual si è il valore di cui dovrà tener conto il titolare sopravvissuto? Di quello con cui si acquistò l'ufficio; o di quello cui questo ammontava allo scioglimento; o veramente di quello cui ascende al giorno della liquidazione? Non v'ha dubbio che sia di quello dello scioglimento; poichè da un lato durante la comunione, il valore cresceva o scemava per essa che n'era proprietaria; d'altro lato gli eredi han dritto alla metà della cosa mobile quale si trovava nel dì dello scioglimento. Questa dottrina, rigettata dall'antica giurisprudenza (benchè era professata da Dumoulin, e riconosciuta dallo stesso Pothier, che non osava però professarla), oggi, e bene a ragione, è comune a tutti gli scrittori, non che a tutte le decisioni (1).

Il dritto che ha la comunione sopra il tesoro rinvenuto nello immobile proprio di un coniuge è stato l'oggetto di controversie ed ha fatto sorgere tre sistemi. Nell'uno, che a parer nostro non può sostenersi, benchè professato da Toullier (XII, 129), Battur (I, 161) e Bellot (I, p. 151), si pre-

tende che il tesoro debba essere tutto proprio del coniuge, se egli stesso l'ha trovato nei suoi fondi. Ma quest'idea non può ammettersi, poichè allora si darebbe al coniuge *jure intentionis*, come somme trovate, la metà di quel tesoro, all'istesso modo, che si darebbe a qualsiasi inventore, ne vi sarebbe motivo di negarla alla comunione a cui spettano tutti i beni mobili acquistati dai coniugi. Adunque potrà semplicemente discutersi per l'altra metà, per quella cioè che appartiene *jure soli* al proprietario del fondo; e mentre una seconda opinione la rilascia al coniuge proprietario, una terza la vuol dare, come la metà di chi la trova alla comunione.

Quest'ultima opinione, sostenuta da Merlin (*Repertorio, alla parola Com.*, § 2, n. 4) Bugnet (sopra Pothier, t. VII, p. 93). Odier (I, 86), Rodière e Paolo Pont (I, 367), e Troplong (I, 417), ha per fondamento, che alla fin fine la metà del tesoro che si vuol dare al proprietario non costituisce che somme determinate, come la metà data a chi la trova; che in tal modo essendo un bene mobiliare, va necessariamente nel fondo comune; e che non si può allegare l'art. 716 (636) volendo fittiziamente dichiararla come un prodotto del fondo, poichè questo articolo ha il solo scopo di regolare i dritti rispettivi dell'inventore e del proprietario. Si invocano per altro alquanti scrittori antichi, specialmente d'Argentrè, Duplessis, e i suoi annotatori Berroyer e Delaurière (*Trattato della comunione*, cap. II).

La seconda opinione ci sembra la sola conforme alla legge.

In vano vuolsi, che l'art. 716 (636) non possa applicarsi al nostro caso, poichè esso, determinando *la natura giuridica del tesoro*, s'applica necessariamente a tutte le quistioni che debbono risolversi *conosciuta la natura del tesoro*. Or la legge con una disposizione bizzarra, se

(1) Duranton (XIV-130); Toullier (XIII-175); Zachariae (III, p. 443); Glandaz (n. 43); Dard (Tr. des off., p. 381); Paolo Pont e Rodière (I-364); Troplong (I-427); Douai, 15 nov. 1833; Agen, 2 dic. 1836; Parigi, 23 luglio 1840; Parigi, 6 aprile

1843; Bordeaux, 6 genn. 1846 (Dev., 34, 2, 189; 37, 2, 309; 40, 2, 501; 43, 2, 172; J. P., 1846; t. II, p. 251); Cass., 4 genn. 1853 (Dev., 53, 1, 468). — Vedi intanto Metz, 24 dic. 1835 (Dev., 36, 2, 255).

si vuole, ma che è pure regola da seguire, stabilisce, che mentre una metà del tesoro ritiene in dritto la natura mobiliare che ha in fatto, l'altra metà al contrario viene fittiziamente considerata come parte dello immobile che la contiene, ed appartiene al proprietario *jure accessionis*.

Sicchè essendo giuridicamente questa metà una porzione dello immobile, che se ne separa senza essere un frutto (come lo prova l'art. 598 (323)), non potrà appartenere alla comunione nè come bene mobile ordinario, secondo il 1° del nostro art. 1401 (T), nè come frutto della cosa propria, giusta il 2°, e resterà in proprietà del coniuge come i prodotti non frutti di cui or ora parleremo. Se fra gli scrittori antichi havvi chi opina il contrario, sonvi pure degli altri che la pensano come noi, specialmente Chopin (sopra Parigi, l. 4, titolo 1, n. 30) e di recente Pothier (*Comunione*, n. 98), che quasi sempre è stato preso a guida dai redattori del Codice. Nè ciò solo. Su che altro si fondavano essi mai quei tre antichi giureconsulti, accordando alla comunione il tesoro intero, se non sull'esser questo un bene mobile, un dono di Dio puramente mobiliare? Essi combatterono, nel passo sopra indicato, la dottrina di Chopin, il quale pretendeva che lo si dovesse, come per finzione, reputare un'immobile; ma questa dottrina essendosi seguita dal Codice per la metà del tesoro, per questa non potrebbe esser dubbio, la conseguenza che è adottata dal più degli scrittori (4).

N. B.—La legge dei 18-25 giug. 1850 sulla cassa dei retratti, nel suo art. 4 ha derogato al principio dell'art. 1401-1° (T), come anche ad altri principi della nostra materia del contratto di matrimonio; noi la spiegheremo alla fine del titolo, in un appendice speciale.

VI.—2° FRUTTI DEI BENI PROPRI.—I frutti

che servono ai pesi della cosa vanno naturalmente in vantaggio della comunione tenuta a sostenerli. Essa godrà dunque dei frutti percepiti durante il matrimonio. La legge non fa parola di quelli raccolti pria della celebrazione, e la ragione ne è ben semplice, poichè essi han formato una parte del mobiliare del coniuge, e sono andati nella comunione, non come frutti secondo il nostro 2°, ma come mobili ordinari secondo il 1° dell'articolo; ed è manifestamente erronea la bizzarra idea di Odier, il quale dice che i frutti percepiti pria del matrimonio resteranno in proprio (1-92).

Abbiam visto al titolo dell' *Usufrutto*, dirsi *frutti* d'una cosa i prodotti periodici di essa, *quod ex re nasci et renasci solet*; dividersi essi in naturali e civili (2); e di fronte ai frutti o prodotti ordinari e periodici esservene degli straordinari prodotti da una cosa non a ciò destinata e che una volta presi, non rinascono.

Secondo il testo dell'art. 1401 (T), che è un' applicazione della prima regola dell'art. 585 (510), i frutti civili si acquistano alla comunione, quando giunge il tempo, in cui si debbono pagare (giorno per giorno, secondo l'art. 586 (511)); e i frutti naturali colla loro sola percezione. Così, per quest'ultimi, può avvenire, come vedemmo nel titolo dell' *Usufrutto*, che una comunione che conta alquanti mesi, faccia in un bosco un raccolto di nove anni, e che un'altra durata per otto anni e sei mesi non raccolga nulla. La terza ed ultima regola dell'art. 585 (510) che riserba i diritti di un colono sopra i frutti, si applica, come la prima di cui parlammo, al caso della comunione; ma la seconda che non accorda compenso, nè da una parte nè dall'altra, per le spese delle sementi, dei lavori, ecc. deve ella pure applicarsi? Delvincourt e Bugnet rispondono del sì, perchè questa regola, la quale mira a prevenire molte

(4) Delvincourt (l. III); Duranton (XIV-233); Demante (*Thémis*, t. VIII, p. 101); Dalloz (l. X, pagina 186); Glandaz (n. 47); Zachariae (III, p. 413); ed anche Toullier, Battur e Bellot des Minières (*loc. cit.*), i quali vanno molto più in là (ed anzi troppo) dando la qualità fittizia d'immobile al te-

soro, anche per l'altra metà se lo ritrova il coniuge proprietario.

(2) Si sa pure che i frutti naturali suddividonsi in *naturali* propriamente detti, ed in *industriali*, ma ciò è di nessun momento.

difficoltà tra il proprietario e l'usufruttuario (non iniqua, perchè reciproca) offre la stessa utilità fra i coniugi.

Tre motivi ci spingono a non pensarla così.

E in prima, la reciprocità in caso di usufrutto ordinario, messa innanzi dalla regola, qui non è che apparente, e in fondo, se si applicasse, la comunione ne risentirebbe un danno. Poichè essa da un lato perderebbe, non potendo allo scioglimento domandar compenso per le spese di coltura fatte sullo immobile, di cui poi il coniuge solo prende il raccolto; d'altro lato nulla guadagnerebbe, non pagando il compenso per le spese dei frutti trovati al suo stabilirsi, poichè esso sarebbe una determinata somma propria del coniuge. Infatti, sotto altro aspetto, quella somma non può esser dovuta dalla comunione, poichè se le spese si fossero fatte dal coniuge, le somme versate apparterrebbero pure a quella, come cosa mobile, secondo il 1° dell'articolo 1401 (T). In questo modo la comunione da una parte non trarrebbe alcun vantaggio, e dall'altra perderebbe; nè potrebbe qui come nell'usufrutto, farsi il compenso. Per questo primo motivo si dovranno seguire i principj generali, rendennando colui in danno di cui si è arricchito, e la comunione in conseguenza potrà ripetere un compenso alle spese fatte per i frutti che esistono allo scioglimento, senza che ne debba alcuno per le spese dei frutti che esistevano al principio del matrimonio.—Un secondo motivo ci viene appreso dallo articolo 1437 (T), il quale assolutamente vuole che il coniuge debba rindennizzare la comunione, ogni volta che da essa tragga un profitto per se.

Da ultimo siffatta spiegazione non in-

contrò mai difficoltà nel dritto consuetudinario, e fu sempre proclamata, sia dal testo stesso delle consuetudini (specialmente Parigi ed Orléans), sia dalla dottrina degli scrittori. Ben a ragione adunque essa è stata generalmente ammessa (1).

Riguardo ai frutti naturali intercede altra differenza fra l'usufruttuario ordinario e la comunione, per quei frutti che si sarebbero potuti, ma non si sono raccolti pria di estinguersi il dritto di godimento. Secondo l'art. 590 (515) l'usufruttuario li perde, nè potrà domandar compenso alcuno pel raccolto non fatto; la comunione però, giusta il paragrafo secondo dell'articolo 1403 (T) (non l'altro coniuge, come dice inesattamente l'articolo; vedremo più in là come sia diverso), lo potrà domandare dal coniuge che prende col suo immobile il raccolto, che nell'ordine regolare delle cose apparteneva alla comunione. L'art. 1403 (T) parla solo dei tagli di bosco; *de eo quod plerumque fit*, perchè ben raro sarebbe il caso per gli altri frutti (2): la regola deve applicarsi a tutti i raccolti, essendo uno il motivo per tutti, il timore cioè di guadagni fraudolenti che un coniuge potrebbe facilmente fare in quel modo.

I frutti civili, come abbiamo detto, si acquistano giorno per giorno; la comunione, sebbene si sciolga molto prima che giunga il termine in cui si debbono pagare gli affitti di una casa, avrà dritto ad una parte di essi, prenderà cioè la frazione di ogni giorno per quanti sono quelli che corrono dal precedente termine. Gli affitti dei poderi sono oggi, come quelli delle case, frutti civili, come vedemmo sotto gli articoli 584 e 586 (509 e 511), ai quali rimandiamo altresì per il caso in cui l'immobile rurale fosse ora dato in affitto, ed

(1) Bourjon (*Dritto comm.*, tit. 10, parte 6, capitolo 8), Renusson (*Comm.*, parte 2, cap. 4, numero 14); Lebrun (*ibid.*, lib. 1, cap. 5, sez. 2); Ferrières (sopra l'articolo 231 di Parigi); Pothier (*Comm.*, n. 212);—Toullier (XII-124 e 123); Proudhon (*Usuf.*, 2685), Duranton (XIV, 451); Balthé (I, 194); Glandaz (num. 68); Zachariæ (III, p. 414); Odier (I, 95); Paolo Pont e Rodière (I, 381); Troplong (I-465 e 467); Rennes, 26 febr. 1828; Bordeaux, 22 magg. 1811 (J. P., 1841, t. II, p. 247).

— È pur così ove lo scioglimento della comunione sia avvenuto per la premorienza del coniuge a cui appartenevano i beni seminati, ed ove l'usufrutto di essi sia devoluto al coniuge sopravvivate. — Douai, 20 dic. 1848 (Dev., 49, 2, 544). — Sic Paolo Pont (*Revue critique*, t. I, p. 193 e seg.).

(2) Un taglio di bosco può differirsi di uno o più anni, non così i raccolti dei cereali, delle vigne, delle praterie.

ora tenuto a cultura dai coniugi, e darebbe successivamente ora frutti civili, ora frutti naturali.

I prodotti che non son frutti restano propri del coniuge proprietario; la comunione, se mai li prende, dee compensarli. — Il legislatore qui dichiara, come fe' nell'art. 508 (431), che le sostanze estratte dalle miniere, cave di pietra o di combustibili, sono o no riputati frutti, secondochè le miniere e le cave erano aperte o pur no, allorchè il dritto di godimento ebbe principio (1). E poichè la comunione esercita sui beni propri dei coniugi un dritto di godimento, il quale, con tutte le differenze da noi notate, è sempre un usufrutto, dobbiamo applicare ad essa non solo la regola dell'art. 598 (523) per le cave di pietre, ma pur quelle degli articoli 594, 592 (516, 517) per gli alberi di alto fusto, dell'art. 593 (518) per i pali, le ghiande e le fagioline, ecc., dell'articolo 594 (519) per gli alberi fruttiferi, dell'art. 596 (521) per l'alluvione, dell'articolo 597 (522) per le servitù; e similmente la regola dell'art. 587 (512) per le cose che si consumano, fra le quali sono in primo luogo i denari, per cui questi, che son propri dei coniugi, entreranno in comunione, anche per la proprietà, collo obbligo di restituirsi allo scioglimento. Il Codice suppone applicata cotesta regola negli articoli 1403 (T) infine, e 1433 (T) ove parla di valori mobiliari propri dei coniugi da prendersi dalla comunione, salvo il compenso.

VII.—3° Acquisti.—L'attivo della comunione è costituito, in terzo ed ultimo

luogo, di tutti i beni mobili ed immobili acquistati durante il matrimonio per qualunque causa, che non sia esclusivamente personale ad uno dei coniugi. I beni che provengono ad un coniuge da una causa personale, se immobili, gli restano propri; se mobili, appartengono pure in regola generale alla comunione, non secondo il nostro 3° e come acquisti, ma secondo il 1° che generalmente le attribuisce tutti i beni mobili dei coniugi (2) (salvo la eccezione dei prodotti non frutti, dei mobili donati con riserva, e per gli altri casi più in là indicati).

Siccome la comunione è in possesso di tutti i beni, e i coniugi potevano ben facilmente provare che la tale o tal cosa loro fosse propria, così era naturale dichiarare che la presunzione sarebbe in favore della comunione, e ogni cosa si reputerebbe comune, sino a che il contrario non si provi dall'uno dei coniugi.—È questa la regola dell'articolo 1402 (T), la quale benchè fatta per gl'immobili, si applica del pari pei mobili, e con più ragione, perchè i mobili sono più raramente propri. Così da una parte, i mobili tutti si stimano appartenere alla comunione, sino alla prova fatta dal coniuge, o di un dritto di proprietà personale sopra uno di essi, o di un dritto a compenso per un altro che si è potuto prendere dalla comunione, salvo l'obbligo di restituire. D'altra parte, la presunzione per gl'immobili esiste ancora, ma con minore energia, e l'immobile si reputerà comune (3) finchè non si proverà il contrario da uno dei coniugi.

Così, anche per un immobile, deve pro-

(1) Secondo il testo dell'art. 1403 (T) i prodotti delle miniere e delle cave sono o no frutti, secondochè esse sono state aperte *innanzi o durante il matrimonio*. Ma siffatta regola così espressa per gli immobili che appartenevano al coniuge al giorno della celebrazione, vuolsi chiarire, se debba pure comprendere gli immobili che pervengono al coniuge durante il matrimonio. Così un matrimonio è avvenuto nel 1830; nel 1835 il padre di uno dei coniugi ha cavato una miniera nel suo immobile, il quale nel 1840 viene in successione al coniuge: i prodotti saranno frutti per la comunione, sebbene la miniera si fosse aperta durante il matrimonio. Bisogna pertanto dire che i prodotti sa-

ranno o pur no frutti, secondo che la miniera sia stata aperta innanzi o dopo il tempo in cui la comunione ha cominciato a godere dell'immobile. — Vedi Toullier (I. XII, n. 128); Duranton (I. XIV, n. 141; Paolo Pont e Rodière (I. I, n. 397 e seg.); Odier (I. I, n. 98; Troplong (I. I, n. 560 e seg.).

(2) Vedi *sopra*, la prima nota al n. 1.

(3) E per ciò stesso riputato *acquisto*, secondo l'art. 1402 (T), poichè gl'immobili, diversamente dei mobili, spettano alla comunione, se acquistati dopo celebrato il matrimonio, rimanendo in proprio ogni altro immobile posseduto dal coniuge prima del matrimonio.

vare di esser proprio il coniuge che nega di esser comune, e per questo è necessario provare, o che ne avea la proprietà o il possesso prima del matrimonio, o che lo ha acquistato dopo per successione, per donazione, o per far vece di un altro immobile suo proprio, o per una delle altre cause che danno degli immobili propri e che saranno indicate dagli art. 1404, 1408 (TT).

Per esempio, l'immobile comprato dal coniuge prima del matrimonio sotto una condizione avvenuta durante la comunione; quello donato o venduto prima della celebrazione e poi ritornato a lui durante il matrimonio per una revoca legale della liberalità, ovvero per una rescissione della vendita; quello comprato da un minore o da una donna maritata non autorizzata, e per cui siasi ottenuta durante il matrimonio la necessaria ratifica; tutti questi rimarranno propri, perchè in questi e in altri simiglianti casi la proprietà del coniuge rimonta al tempo anteriore del matrimonio per la retroattività della condizione, della risoluzione o della ratifica (1). E siccome l'immobile sarà proprio e non acquistato quando il coniuge giustificherà avervi un dritto di proprietà sin da prima del matrimonio, fosse pure essa non accompagnata dal possesso (come avviene quando la compra fatta prima del matrimonio sotto una condizione sospensiva non verificata, e per cui il possesso del coniuge vien dopo la celebrazione); così il semplice possesso anteriore al matrimonio (purchè il possesso sia legale e a titolo di proprietario, buono per la prescrizione) basterà per sé solo e senza che vi sia unita la proprietà, onde escludersi dalla comunione l'immobile. — Così non importa che il possesso legale sia durato poco tempo pria del matrimonio, poi-

chè la prescrizione avrebbe sempre un effetto retroattivo all'origine del possesso. E nemmeno importa, come è stato deciso a buon dritto dalla Corte suprema, la quale annullava una contraria decisione della Corte di appello (2), che la prescrizione non si fosse compiuta al disciogliersi della comunione, e che la proprietà pretesa del coniuge sia stata controversa fra lui e i terzi, poichè quand'anche questi ultimi facessero dichiarare come non esistente il preteso dritto di quella, ciò non sarebbe sempre in vantaggio della comunione, rispetto alla quale il coniuge deve sempre trionfare, salvo a perdere, se occorra rispetto ai terzi.

Ma se il possesso anteriore alla celebrazione è stato riconosciuto durante il matrimonio di nessun momento dal coniuge, e dato luogo non ad una semplice ratifica dell'atto primitivo, ma ad un nuovo atto traslativo di proprietà, gli è manifesto, che da quest'ultimo atto sorgendo la proprietà, l'immobile sarebbe uno acquisto, e quindi erronea è la dottrina contraria di Toullier (XII, n. 173 a 177). È incerto il dire, com'egli ha fatto, che la disposizione del nostro articolo 1402 (T) è una innovazione; che il dritto consuetudinario ammetteva solo come esclusivo della qualità di acquisto la *proprietà* anteriore al matrimonio, e che il Codice, il quale ammette inoltre il possesso, vuol parlare di qualsivoglia possesso. L'antico dritto, del pari che il Codice, (ne abbiamo la prova ad ogni passo in Toullier, e specialmente nel num. 157), ammetteva tanto il possesso che la proprietà, e sì l'uno che l'altro vogliono un possesso *legale*, cioè giuridicamente efficace e in cui si trovi la causa del dritto del coniuge. Con ragione adunque la dottrina di Toullier è stata rigettata e dalle decisioni e dagli scrittori (3).

(1) Già tempo, l'immobile la cui alienazione diventava valida durante la comunione, o per il consenso della veniltrice divenuta vedova o debilitamente autorizzata, era un acquisto. Imperocchè la alienazione della moglie non autorizzata, essendo allora radicalmente nulla, e non solo, come oggi, annullabile, il titolo dell'acquisto trovavasi nel consenso prestato più tardi regolarmente durante la comunione. Oggi l'atto può solo annullarsi, e

quindi può ratificarsi, e perciò approvato dopo, è valido sin dal suo principio.

(2) Cass., 4 maggio 1825 ed anche rig., 23 novembre 1826.

(3) Delvincourt (tom. III); Duranton (tom. XIV, 180); Zachariae (III, p. 421); Rodière e Paolo Pont (I, p. 425); Duvergier (sopra Toullier, n. 174); Troplong (I, 526); Decisione di cass. già citata del 4 maggio 1825).

Le circostanze, una delle quali dovrà provarsi dal coniuge per dimostrare che la cosa gli è propria, non già perchè appartenutagli o posseduta da lui prima del matrimonio, ma come avvenutagli durante il matrimonio per una causa per cui non può entrare in comunione, si comprenderanno con lo studio che faremo nei seguenti articoli dei vari casi nei quali la cosa resta esclusa dalla comunione. Ci basti ripetere ciò che dicemmo incidentalmente, che la successione e la donazione non sono le sole cause da cui provengano beni propri, e il

nostro art. 1402 (T) ha indicato soltanto le principali.

Infatti oltre di quelle due cause prevedute dagli art. 1404 e 1405 (TT), una terza ne indica l'articolo 1406 (T), una quarta l'art. 1407 (T), una quinta gli articoli 1434 e 1435 (TT) che saranno da noi qui appresso svolti, e poi una sesta ed ultima l'art. 1408 (T).

Del resto ben si comprende che la prova dei fatti può farsi dal coniuge con tutti i mezzi, e tanto con la prova testimoniale, quanto coi titoli (1).

DEI BENI PROPRI DEI CONIUGI.

§ 1. — Dei beni propri immobiliari.

1404 (T). — Non cadono in comunione gli immobili posseduti dai coniugi avanti la celebrazione del matrimonio, o che loro pervengono durante il matrimonio a titolo di successione.

Nonostante, se dopo d'aver stipulato il contratto del matrimonio, col patto della comunione, e prima della sua celebrazione, uno degli sposi avrà in quest'intervallo acquistato un immobile, esso cadrà nella comunione, purchè l'acquisto non sia stato fatto in esecuzione di qualche clausola matrimoniale; nel qual caso esso sarà regolato a termini della convenzione.

che durante il matrimonio sono state fatte ad uno soltanto de' coniugi, non cadono nella comunione, ed appartengono al solo donatario purchè la donazione non contenga espressamente che la cosa donata deve spettare alla comunione.

1406 (T). — L'immobile rilasciato e ceduto dal padre, madre od altro ascendente ad uno dei coniugi per soddisfarlo di quanto gli deve, o col peso di pagare ad estranei i debiti del donante, non cade nella comunione, salvo il diritto di compensazione od indennità.

1405 (T). — Le donazioni d' immobili

SOMMARIO

- I. Osservazioni e rimando pei beni propri immobiliari. La prima specie degli immobili si compone di quelli che i coniugi posseggono nel giorno del matrimonio; tranne sempre che l'immobile si fosse comprato da uno dei coniugi dopo il contratto. La reciprocità non ha luogo: controversia.
- II. Son propri gl' immobili dovuti per successione durante il matrimonio. Lo sono per lo intero quant'anche si dovesse pagare il dippiù, salvo il compenso. Gli articoli 741 e 751 (670 e 285) espongono dei

casi di successione governati da tal regola. Errore di Delvincourt.

- III. Sono anco propri gl' immobili provenuti durante il matrimonio per donazione tra vivi o per testamento, tranne il disponente non avesse altrimenti dichiarato; ma bisogna che la donazione sia fatta personalmente ad uno dei coniugi; fatta congiuntamente ad entrambi, l'immobile sarebbe comune: controversia.
- IV. In quarta luogo sono propri gl' immobili che un coniuge riceve dall'uno dei suoi ascen-

(1) Rig., 29 die. 1836 (Dev., 37, 1, 437). Giudicato anche che la prova può cavarsi dalle presun-

zioni di fatto, che porgono le circostanze della causa; Rom., 10 nov. 1851 (Dev., 51, 2, 774).

denti, o come pagamento di quello che questi gli debba (per dote o altra causa) o col

peso di pagare i debiti di esso ascendente.

I.—Cotesti tre articoli, siccome i quattro che dobbiamo studiare per finire la nostra materia, parlano solo di beni propri immobiliari; ma ve ne hanno anche di quelli mobiliari secondo abbiamo veduto; spiegate che avremo le cause da cui provengono i primi, indicheremo quelle che rendono propri i secondi.

Gli immobili propri dei coniugi sono quelli che ad essi appartengono al tempo in cui si celebra il matrimonio. Alla qual regola una eccezione fu imposta dalla giustizia e dalla lealtà delle convenzioni. Quando un futuro coniuge che si sottopone con una formale disposizione del suo contratto di matrimonio alla regola della comunione, compra un immobile nel tempo che passa dal contratto al matrimonio, sarà comune l'immobile che gli appartiene nel giorno della celebrazione, e che secondo i principi dovrebbe rimanergli proprio perchè esso è stato acquistato con valori che secondo erasi convenuto dovevano entrare nella comunione, e sui quali ha dovuto fare assegnamento il futuro coniuge nel fare il contratto (1). Il più degli scrittori antichi e con loro la giurisprudenza ammettevano la eccezione, ma non era scritta nella legge; se ne è fatta una disposizione legale con l'articolo 1404 (T). Per altro essendo una eccezione deve restringersi al caso previsto. Così in prima se non vi fosse stato contratto, non saremmo più nè dentro ai termini, nè dentro allo spirito dell'articolo: ciascuno dei futuri coniugi ha dovuto contare sui valori mobiliari che appartenevano all'altro nel giorno della celebrazione; e se uno abbia acquistato un immobile il giorno innanzi, non se ne potrebbe dall'altro pretendere la comunione. Così del pari l'immobile che il coniuge acquistasse nel tempo che corre dal con-

tratto alla celebrazione, ma per una delle cause che darebbero dei beni propri durante il matrimonio (successione, donazione, permuta di un altro immobile) resterebbe certamente proprio; come si è visto dal raffronto del 2° col 3° dell'articolo 1401 (T), per *acquistati* intendendosi gli immobili pervenuti da cause che danno *beni acquistati*.—Del resto è semplicissimo che resti proprio l'immobile acquistato a danaro, quando si è esercitata una facoltà riserbata nel contratto dal futuro coniuge.

Dalla eccezione dettata per render comune l'immobile proprio di un coniuge al tempo della celebrazione, acquistato dopo il contratto, ne segue forse doversi fare reciprocamente eccezione perchè si renda proprio il prezzo di un immobile venduto dal coniuge nell'intervallo fra il contratto e la celebrazione? Parecchi scrittori (2) rispondono del sì, per questa fra le altre ragioni che tale era la dottrina di Pothier (Com., nn. 281 e 603). Ma non ci sembra da ammettersi cotesta sentenza. Il Codice trovando l'una e l'altra idea professate da Pothier, tacque intorno alla seconda, ed elevò a regola la prima, quindi non le riconobbe tutte e due esatte. Difatti nel primo caso il coniuge del compratore sentirebbe senza tale eccezione un danno da cui si dee garantire, mentre nell'altro gli è il coniuge venditore che ha voluto risentire un danno, mutando in denaro il suo immobile, cotalechè non può alcuno dolersi. Nè si può ammettere con questo carattere di generale presunzione il motivo dato da Pothier, che la vendita in questo caso debba riguardarsi come un mezzo di donazione dettato da non oneste ragioni, poichè non si osa confessarle; la frode non si presume. Se è provato in fatto che il coniuge è stato sedotto dal suo fu-

(1) Giudicato che l'eccezione si applica pure al caso in cui i coniugi han dichiarato di seguire la comunione ristretta agli acquisti, stipulando solo la condizione che certe determinate somme entrerebbero in comunione, restando in proprio il

doppio dei loro beni e diritti. Parigi, 6 dic. 1853 (Rev., 56, 2, 28).

(2) Duranton (XIV-184); Battur (I. p. 174); Zachariae (III, p. 412); Troplong (I, 364).

turo o dalla famiglia di costui, si dovrà mantener come proprio il prezzo; la frode fa cessare tutti i principj. Ma in regola generale, la eccezione per una ipotesi non può estendersi ad altra molto diversa, e non preveduta (1).

II. — Lo articolo 1404 (T) riguarda gli immobili posseduti dai coniugi al tempo del matrimonio, come quelli che loro provengono poi per successione. Non monta che la successione essendo in parte mobile ed in parte immobile, il coniuge, chiamato a prenderne una porzione, non raccolga altro che immobili; i quali saranno propri per l'intero, e senza che la comunione ne pretenda indennità alcuna, come la parte ereditaria di soli mobili raccolta dal coniuge in questo stesso caso è comune per l'intero (art. 1401 (T), n. IV). L'immobile resta ugualmente proprio per l'intero, fosse anche eccedente in valore la parte ereditaria del coniuge, per cui dovrebbe pagare al suo coerede una stabilita somma a titolo di eccesso o restituzione di porzione; ma in tal caso il coniuge deve ricompensare la comunione della somma determinata che ha pagato del denaro di questa (Vedi art. 1407 (T)) (2).

È un caso di successione quello di cui parla l'art. 747 (670). Così quando due coniugi in comunione han fatto donazione al loro figlio di un immobile acquistato nella loro comunione, e morto poi il figlio senza eredi, raccolgono essi ognuno in metà l'immobile che trovasi in specie, la metà acquistata lor sarà propria perchè acquisto di successione. Delvincourt insegna al contrario, che con ciò risolvesi semplicemente la donazione, per cui le cose sono nello stesso stato che prima di essa. È questo un errore, poichè il donante riprende la cosa con le ipoteche, servitù ed altri carichi imposti dal donatario, ed

anche coll'obbligo di pagare in proporzione i debiti ereditari. È dunque un nuovo acquisto, un acquisto per successione, e non una semplice revoca di donazione (3).

Quel che diciamo del caso dell'art. 747 (670) si applica anche a quello dell'articolo 351 (275) uguale perfettamente al primo.

III. — L'art. 1405 (T) indica la sorgente terza dell'immobili propri; che è una donazione, la cui regola è qui appunto il contrario dell'altra per le donazioni dei mobili. I mobili dati entrano in comunione se il donante non ha badato renderli propri con espressa dichiarazione; gl'immobili dati a un coniuge gli restano propri in principio, ma il donante può renderli comuni. Ciò riguarda tanto le donazioni per testamento che quelle tra vivi; non si è fatto, nè si doveva fare distinzione di sorta.

Il donante che può con espressa dichiarazione render comune l'immobile il quale resterebbe proprio secondo la regola legale, può egli in senso contrario togliere alla comunione anche le rendite dello immobile dato da lui? È certo che sì, quantunque molti scrittori a ciò si oppongano.

La convenzione con cui la moglie riserbasi l'amministrazione e il godimento dei suoi beni, o di alcuno di essi essendo permessa, non è illecito che essa riceva un immobile onde amministrarlo e goderselo. Quel che ne seguirà si è che la moglie maritata pel rimanente in comunione si troverà quanto a questo immobile separata di beni. La comunione che non guadagna nulla allora nella donazione (almeno direttamente,) non vi perde cosa alcuna (vi guadagna anche indirettamente perchè una rendita propria della moglie scemerà le spese che la comunione farebbe per essa) non potrà adunque dolersene (4).

(1) Conf. Toullier (XII, 171); Bugnet (sopra Pothier, t. VII, p. 316); Odier (I-77); Rodière e Paolo Pont (I-329).

(2) Vedi Req., 11 dic. 1850 (Dev., 51, 1, 253). Vedi anche Nancy, 3 marzo 1837 e Douai, 7 maggio 1849 (Dev., 39, 2, 202; 50, 2, 180).

(3) Duranton (XIV-187); Glandaz (n. 100); Paolo Pont e Rodière (I-461). — Troplong (I-157-590).

(4) Questa decisione rigettata da Delvincourt (I, III, note) e Bellot (I, p. 300) è ammessa dal più degli scrittori e dalle decisioni. Toullier (XII, 142); Proudhon (*Usufr.*, num. 283); Duranton (XIV-150); Glandaz (n. 23); Dalloz (X, p. 195); Zachariae (III, p. 447); Bugnet (sopra Pothier, VII, p. 256); Odier (I-100); Paolo Pont e Rodière (I, 474); Nîmes, 18 giugno 1810; Tolosa (20 ag. 1840; Rig., 9 mag-

La legge, stabilito il principio secondo il quale gl'immobili donati restano propri al donatario, non parla di qualunque donazione, ma solo di quelle *fatte all'uno dei due coniugi*. Cosa decidere per quelle fatte unitamente ai due coniugi? Diciamo *unitamente*; perchè se la liberalità fosse fatta all'uno e all'altro insieme, ma disgiuntamente, con indicare la porzione data ad ognuno dell'immobile; se p. e. la cosa è data a tutti e due, ciascuno per metà, o all'uno per due terzi, e all'altro per uno, in tal caso è esatto il dire vi siano due donazioni riunite in un atto medesimo; e siccome ciascuna delle due è fatta all'uno dei coniugi, si è nel caso indicato dalla legge, e la porzione d'immobili donata resta propria ad ognuno di essi. È questo un punto fermo su cui tutti gli scrittori sono e saranno sempre in armonia. Ma cosa dire se la donazione è fatta unitamente ai due coniugi senza alcuno assegno di porzione? La quistione è assai controversa: Toullier (XII-435); Delaporte (*Pan.*, tom. V); Zachariae (III, p. 447); e Odier (I-125) insegnano che allora l'immobile cada in comunione; un maggior numero di scrittori pensano che anche in questo caso la cosa resti propria ai coniugi, ad ognuno secondo il suo dritto, cioè per metà (1). Non ostante il numero di questi ultimi rigettiamo la loro sentenza, e secondo noi riavvicinata all'antico dritto la disposizione dell'art. 1405 (T) vedesi l'inesattezza della loro dottrina.

La disposizione dell'art. 1405 (T) è del nuovo dritto. In altri tempi gl'immobili donati ai coniugi durante il matrimonio cadevano per regola generale nella comunione; tranne che per le donazioni fatte tra parenti in linea retta, ma bisognava che la liberalità si facesse personalmente al coniuge, o fosse ei solo donatario, ovvero essendolo entrambi i coniugi, ciascuno fosse chiamato per una distinta porzione (2): allorchè la donazione era fatta u-

nitamente ad entrambi, la cosa era comune. Or se il Codice ha inteso sopprimere la necessità di una parentela diretta, ed anche di ogni parentela tra il donante e il donatario dichiarando propri gl'immobili donati senza distinguere da chi lo siano, bensì vede ch'egli richiede la donazione facciasi ad un solo coniuge, poichè stabilisce unicamente la sua regola per le donazioni *che non son fatte che all'uno dei coniugi*. Si comprenderebbe di leggieri il dubbio se la legge avesse parlato più vagamente di donazioni *fatte ad un coniuge*, perchè ben non si vedrebbe se si metteva un senso rigoroso all'aggettivo *un*; ma quando la legge parla di un modo sì preciso di donazioni, che *non son fatte che all'uno dei due coniugi*, ci sembra impossibile sconoscere la volontà del legislatore, restringere un nuovo beneficio ch'ei crea a questa sola specie di donazioni, e lasciare le altre sotto la regola generale dell'antico dritto.

IV. — Havvi una quarta causa di beni propri, la quale benchè sia una estensione della seconda, pure ne è tanta diversa da essere indicata nell'art. 1406 (T). Secondo tale articolo l'immobile che un coniuge riceve da uno ascendente o come pagamento da questo dovutogli, o per soddisfare debiti di costui, rimane di proprietà del coniuge, salvo a compensare la comunione, o per il denaro tolto da questa per pagare i debiti, o per il credito mobiliare che aveano contro il suo ascendente e che spettava alla comunione. Il Codice, come anche lo antico dritto, riguarda tali atti come degli accordi di famiglia, destinati a produrre in vita dello ascendente l'effetto che se ne avrebbe alla sua morte, e riguarda l'immobile venuto da tal sorgente come se avuto per successione.

Nello antico dritto, pensava Lebrun, che la regola riprodotta dal nostro articolo non era da applicarsi all'immobile rilasciato in pagamento di una somma dovuta al di-

gio 1842; Parigi, 5 marzo 1846 (Dev., 41, 114; 42, 1, 516; 42, 2, 149).

(1) Delvincourt (III, note); Battur (I-282); Dalloz (X, p. 194); Duranton (XIV-189); Glandaz (n. 103);

Bugnet (sopra Pothier, *Comun.*, n. 170).—Rodière e Paolo Pont (I-478).

(2) Vedi Pothier (*Comun.*, n. 173).

scendente per titolo di dote; ma Pothier ed il più degli scrittori dicevano a ragione non esservi motivo perchè si distinguesse questo caso dagli altri; nè di ciò è più a dubitarsi, non essendosi fatta dal Codice distinzione alcuna. Così pure giudica una ultima decisione della Corte di cassazione (1).

Non distinguendo la legge il grado o la posizione dell'ascendente che cede l'immobile, non importa che sia questi l'avolo e il bisavolo, e che il padre nel primo caso, o il padre e l'avolo nel secondo, siano tuttavia viventi; tosto che la cessione è fatta da uno ascendente e nell'uno dei cenati casi, il voto della legge si adempì e viene ad applicarsi la regola. Ma la regola non si applicherebbe più se la cessione fosse fatta da un discendente o da un parente collaterale, quand'anche il cessionario fosse l'erede presuntivo del cedente: la disposizione dell'art. 1405 (T) è una eccezione e non può estendersi al di là dell'ipotesi per cui è scritta. Per la stessa ragione la regola non sarebbe nemmeno d'applicarsi, se la cessione fosse fatta dall'ascendente non per soddisfare un debito al discendente o ad altri che il ces-

sionario si obbliga di pagare, ma per aversi una determinata somma che il cessionario si obbligherebbe pagargli. Allora sarebbe questa una vendita e non una cessione di famiglia, e l'immobile sarebbe un acquisto. Era questo un punto fermo nell'antica giurisprudenza ed a ragione la Corte di Caen l'ha pur così giudicato sotto il Codice, difformemente da una decisione precedente di Colmar (2).

N. B.—Abbiamo detto che spiegheremo qui gli articoli 1434 1435 (TT) posti a torto dai compilatori del Codice nella sezione dell'*Amministratore della comunione*, poichè presentano essi come i nostri, una delle sorgenti dei beni propri, il reimpiego. Questo e la permuta sono due suddivisioni della stessa causa dei beni propri, la sostituzione di un bene acquistato invece di uno proprio alienato.

Porremo dunque gli art. 1434 e 1435 (TT) immediatamente dopo l'art. 1407 (T) il quale tratta della permuta. È strano che i compilatori non abbiano eseguito questo disegno, richiesto dalla natura delle cose, che era quello di Pothier, loro guida ordinaria.

1407 (T). — L'immobile acquistato durante il matrimonio, a titolo di permuta con un immobile spettante all'altro dei coniugi, non cade nella comunione, ed è surrogato nel luogo di quello alienato; salvo il compenso in caso di eccedenza.

1434 (T). — Il rinvestimento si reputa fatto per conto del marito ogni qual volta nell'atto di un acquisto abbia dichiarato di averlo fatto con danari ritratti dall'alienazione dell'immobile suo particolare, e per-

chè il detto acquisto tenesse luogo di rinvestimento.

1435 (T). — Non basta la dichiarazione del marito che l'acquisto sia stato fatto con danari ritratti da un immobile venduto dalla moglie, e per rinvenirli a di lei vantaggio, se il nuovo impiego non sia stato formalmente accettato dalla moglie; se costei non l'abbia accettato, ha diritto soltanto, allorchè la comunione si scioglie, al rimborso del prezzo dell'immobile venduto.

SOMMARIO

I. Permuta. Niuna distinzione tra marito e moglie. Il danaro dato di più non impedisce

che il mobile acquistato sia proprio per il tutto, salvo il compenso; ma quid se tal de-

(1) Rig., 3 luglio 1844 (Dev., 44, 1, 673); Troplong (1 625); Paolo Pont e Rodière (I. I, n. 465).

(2) Colmar 20 gennaio 1831, Caen, 1 agosto 1844 (Dev., 32, 2, 355, J. P., 1844, tom. II, p. 621).

MARCADE, vol. III, p. I.

V. nel nuovo *Denisart*, alla parola *Acquisti*, § 4, le antiche decisioni in tal senso. Vedi anche Rodière e Paolo Pont (lit. I, n. 466); Troplong (titolo I, num. 628).

naro era molto da non essere una semplice eccezione? *Controversia.*

II. Reimpiego. Se sotto del marito basta, ma bisogna che questi faccia tosto che ha acquistato la dichiarazione che lo acquisto è fatto col suo danaro, e per dargli una nuova proprietà. *Dissenso da molti scrittori.*

III. Per la moglie la dichiarazione del marito può essere posteriore all'acquisto; bisogna però sia accompagnata o seguita dall'accettazione formale della moglie data pria che si sciogla la comunione. *Controversia. L'accettazione può farsi per atto*

privato. Solo dal giorno dell'accettazione la cosa apparterrà alla moglie. *Conseguenze. Rimando per l'accettazione al caso del reimpiego convenzionale.*

IV. Il reimpiego può farsi delle somme proprie che non provengono dall'alienazione dell'immobile del coniuge. Non può farsi con un immobile acquistato prima della alienazione dell'immobile a sostituire, purchè le condizioni della legge sieno adempite. *Controversia sopra questi due punti.*

I.—La permuta è l'alienazione dell'immobile del coniuge con altro immobile alienato in vantaggio di lui da chi ha acquistato il suo. Il reimpiego è la sostituzione di un immobile, comprato a tal'uopo, all'immobile proprio stato alienato per una determinata somma. Nell'un caso come nell'altro si sostituisce l'immobile acquistato a quello alienato. Tale sostituzione è immediata nel primo e mediata nel secondo; ma in entrambi il secondo immobile sostituito al primo, ne prende la natura e diventa proprio in vece sua. La permuta è prevista dall'articolo 1407 (TT), il reimpiego e le condizioni da adempersi sia dal marito sia dalla moglie sono indicati dagli articoli 1434 e 1435 (TT).

Quanto alla permuta non vi ha distinzione tra marito e moglie; l'immobile acquistato dall'uno o dall'altro in contraccambio del proprio diventa tale sempre invece di questo; solo se i due immobili non sono di un egual valore ed una somma determinata si è aggiunta dall'uno o dall'altro, ne è dovuta la ricompensa, o dal coniuge alla comunione se egli ha pagato l'eccesso al permutante, o dalla comunione al coniuge se lo eccesso è stato pagato dal permutante.

Ma applicheremmo la stessa regola nel caso in cui lo eccesso pagato dal coniuge al comprante sarebbe maggiore dello immobile da quello rilasciato? In tal modo se un immobile di 60.000 franchi si acquisti dal coniuge con 40.000 franchi presi

dalla comunione; e con un immobile di 20 mila franchi a lui proprio, l'acquisto immobile diventa proprio di lui per l'intero? Su ciò vi sono tre opinioni. Toullier (XII, 149 e 150) Dalloz (Rep. X, p. 196) e Glanville (n. 113) rispondono del sì, perchè la legge non distingue e dichiara proprio l'immobile avuto in permuta quand'anche vi sia eccesso non badando al più o al meno. Delvincourt invece (III note), Bellot (I pagina 213 e Bugnet sopra Pathier (Com. numero 197), insegnano che quando lo eccesso è maggiore dell'immobile del coniuge e rappresenta perciò al di là della metà del valore dell'acquisto immobile, il trattato sotto il nome di permuta deve ripetersi ora compra secondo la regola *major pars trahit ad se minorem*, e l'immobile per cui forma un acquisto, salvo a ricompensare al coniuge il valore del suo immobile. Finalmente Duranton (XIV-195), Balthor (I, 208), Rodière e Paolo Pont (I, 500), e Troplong (I, 637) decidono che quando lo eccesso trovasi tanto maggiore da non esser riguardato come semplice accessorio, il contratto deve esser preso per un misto di permuta e di vendita, in modo che l'acquisto immobile sarà proprio per la parte corrispondente al valore della cosa data dal coniuge, acquisto pel doppio. Nella nostra ipotesi l'immobile acquistato sarà proprio per due terzi, e comune per l'altro.

Quest'ultimo sistema secondo noi è quello che deve adottarsi. E quello dello antico diritto (1), il che nel silenzio del Codice basterebbe

(1) Vedi Bourjon (Dritto Com. della Francia, parte 2, cap. 10, sez. 2); Potier (Comm., n. 197)

e gli autori da essi citati.

perchè si esegua; è poi il solo conforme alla verità delle cose ed alle regole di equità. Quando l'immobile acquistato è pagato con una somma determinata e col rilascio d'un immobile, vi ha vendita come anche permuta, ed il primo sistema non potrebbe accogliersi. Ma d'altra parte, poichè il coniuge ha creduto permutare il suo immobile, sarebbe tanto contrario alla giustizia quanto al dritto, esservi vendita per l'intero, ed il secondo sistema non è nè onco da ammettersi. Bisogna dire che vi sia in uno permuta e vendita, e insieme applicare la regola di questi due contratti; siccome ha giudicato una decisione della suprema Corte (1).

Se nel caso in cui l'immobile rilasciato dal coniuge è di molto minore del denaro preso dalla comunione, i coniugi hanno inteso fare solo uno acquisto per la comunione, e si è fatta una compra per lo intero; allora il nostro articolo non si dovrebbe applicare essendo l'immobile acquistato per l'intero. Ma in principio e fuori le particolari circostanze, che motivano questa decisione di fatto, l'immobile acquistato è tale per una parte, e proprio per l'altra.

II. — Quando il coniuge non permuta, ma vende il suo immobile, questo può essere anche sostituito da un nuovo che diventa proprio in sua vece; ma per ciò la legge richiede talune condizioni più o meno severe, secondo che sia un bene proprio della moglie o proprio del marito.

Allorquando l'alienato è quello del marito, basta secondo l'art. 1434 (T) la dichiarazione nell'atto di acquisto che l'immobile è comprato con denaro proveniente dalla alienazione del bene proprio, e perchè divenga tale invece di quello. Bisogna allora, in prima, vi sia doppia dichiarazione dell'origine del denaro e del fine dello acquisto, e secondo, che la dichiarazione si faccia al tempo dell'acquisto.

E primieramente la dichiarazione deve farsi nell'atto di acquisto o per lo meno

a un tempo che questo. La regola non è nuova. Si è sempre compreso che una dichiarazione non fatta *incontinenti* nello stesso contratto, ma dopo un intervallo più o meno lungo, *ex intervallo*, sarebbe inefficace (2). Tale condizione è riprodotta dal Codice che richiede sia fatta la dichiarazione al momento *dello acquisto*.

Bisogna d'altra parte, che la dichiarazione indichi in uno l'origine del denaro e la volontà di avere come proprio il nuovo immobile. Molti giureconsulti, specialmente Duranton (XIV-428); Zachariae (III, pagina 424); Duvergier (sopra Toullier, II, 370) e Odier (I-325); insegnano che una dichiarazione, riguardante l'uno dei due punti, sarebbe sufficiente. Invocano intorno ciò la regola dell'antico dritto e più la dottrina di Pothier, e suppongo che i compilatori del Codice abbiano per inavvertenza sostituita la congiunzione e alla disgiuntiva o che trovasi in quest'ultimo scrittore. Tale idea non è da ammettersi. Pothier (*loc. cit.*) presenta è vero per incidenza e senza discuterla la dottrina di cui trattasi in modo che leggendola potrebbe credersi essere generalmente ammessa; sarebbe questo uno errore. Renusson (capitolo 4, sez. 2); Lebrun (*loc. cit.*, numero 62); Dupressis (*Commun.*, lib. 2, capitolo 4, sez. 2) positivamente insegnano essere necessaria una dichiarazione che indichi insieme l'origine del denaro e il fine dell'acquisto. I compilatori del Codice han dunque riprodotto una antica regola, richiedendo per la sostituzione dei due immobili, che la dichiarazione riguardi i due punti; questa regola d'altronde è conforme al principio posto da loro nell'art. 1250-2° (1203) il quale per la surrogazione di un mutante richiede insieme sia dichiarato nell'atto di prestito, *che il danaro è stato prestato per fare il pagamento*, e nella quietanza *che il pagamento è stato fatto col denaro dato a tal fine*. Non è più dunque per inavvertenza che i compilatori del Codice han messo la congiunzione e,

(1) Rig., 31 luglio 1832 (Dev., 32, 1, 505).

(2) Pothier (*Comm.*, n. 198); Lebrun (lib. 3, cap. 2,

dist. 2, n. 62).

ed a ragione la necessità della doppia dichiarazione insegnata da molti scrittori è stata adottata in una decisione della Suprema Corte (1).

Non è affatto necessario (ed è riconosciuto dalla stessa decisione) di esprimere questi due punti in tali termini meglio che in altri. Non è nè anco bisogno (quantunque si debba dichiarare che il danaro provenga dall'alienazione dei propri beni) che siano identicamente le stesse monete; la somma *uguale* a quella del prezzo del bene proprio venduto è quel che chiamasi lo stesso denaro.

III. — Quando il bene proprio da sostituirsi è quello della moglie, la dichiarazione del marito su i due punti suddetti può esser fatta dopo lo acquisto; ma bisogna sia seguita da una formale accettazione della moglie.

Diciamo non esser d'uopo che la dichiarazione del marito sia nel contratto, potendo intervenire utilmente *ex interrallo*. Vero che Pothier (n. 199) pensava il contrario; ma la dottrina di Dumoulin era diversa (2); e come l'art. 1435 (T) riproducendo gli elementi che deve contenere la dichiarazione, non ripete che essa debba farsi al tempo dello acquisto; come per altro l'articolo 1595-2° (1440) dichiara valida la cessione d'un immobile proprio, fatta dal marito alla moglie pel reimpiego d'un bene proprio di costei, senza distinguere in qual tempo lo abbiano acquistato, quindi francamente diremo che la dichiarazione può esser fatta utilmente quando che sia. Ma tal dichiarazione, come di ragione non basta; perchè l'immobile diventi proprietà della moglie bisogna assolutamente che questa ne accetti lo acquisto; non bastando la sola volontà del marito perchè un bene diventi proprio della moglie. Fermiamoci

sulle condizioni volute per l'efficacia dell'accettazione.

Primieramente l'accettazione della moglie, non ostante la contraria sentenza di Delvincourt, non deve farsi al tempo medesimo dell'acquisto. Poichè può farsi *ex interrallo* la dichiarazione stessa del marito la quale precede necessariamente la accettazione della moglie, e ragionevolmente la dottrina di Delvincourt dannata già dalla nostra antica giurisprudenza, è stata rigettata da tutti gli scrittori (3).

Ma l'accettazione se non al tempo stesso dello acquisto, deve farsi almeno innanzi che si sciolga la comunione. Alcuni giuriconsulti tanto nell'antico dritto, che sotto il Codice hanno insegnato il contrario, ma la soluzione data da noi e dal più degli scrittori e adottata similmente dalla giurisprudenza (4), risulta abbastanza dal testo medesimo del nostro art. 1435 (T) secondo il quale *allo scioglimento della comunione* la moglie la quale non ha accettato non ha più la scelta di ottenere od un novello bene proprio, o una semplice ricompensa del prezzo del suo immobile. Rodière e Paolo Pont (I-509), tuttochè riconoscano che l'accettazione non potrebbe farsi utilmente sciolto che sia il matrimonio *per la morte del marito*, insegnano che lo si può o dalla moglie dopo sciolta la comunione per una sentenza di separazione di beni, o anche dagli eredi della moglie dopo sciolta la comunione e il matrimonio per la morte di lei. Ma cotesta distinzione ci sembra del tutto arbitraria e da non ammettersi. Fino a che la dichiarazione del marito non sia stata seguita dall'accettazione della moglie, il nuovo immobile è uno acquisto; sciolta la comunione, per qualsiasi causa, durante cotale

(1) Glandaz (n. 262); Benech (*DelReimpiego*, n. 36), Paolo Pont e Rodière (I-504); Troplong (II-1119 e 112); motivi d'una decisione di rig. del 13 maggio 1838 (Dev., 38, 1, 525).

(2) Sull'art. 231 della *Consuetudine del Bourbonnais*.

(3) Toullier (XII, 362); Duranton (XIV, 393); Bellot, des Minières (I, p. 516). Zachariae (III, pagina 425); Rodière e Paolo Pont (I, 509).

(4) Duplessis (*Comm.*, lib. 2, cap. 4, sez. 2); Lebrun (*loc. cit.* n. 67); Valin (*Cout. de la Roch.*, II, p. 618); Merlin (*Rep.*, alla parola *Reimpiego*, 55, 2, n. 5); Maleville (II, pag. 245); Delvincourt (I, II); Toullier (XII-360 e 361); Duranton (XIV-393); Zachariae (III, p. 425); Benech (nn. 85 e 93); Odier (I-522); Troplong (II-1126); Tutoza, 22 dicembre 1834; Lion, 25 nov. 1842; Besanson, 11 gennaio 1844 (Dev., 43, 2, 418, 43, 2, 85).

stato di cose i dritti di ciascun coniuge o dei suoi eredi sono quindi stabiliti, e la moglie o i suoi eredi per un immobile non proprio, ma acquistato, hanno soltanto dritto ad un compenso per il prezzo del bene proprio alienato; similmente sciolta la comunione per qualsivoglia causa, gli antichi scrittori toglievano alla moglie ogni facoltà di appropriarsi l'immobile, come fa il nostro articolo, dicendo che tal facoltà cessi per lo scioglimento della comunione e la moglie non possa ripetere che un semplice compenso. Così pure è stato insegnato da Troplong (II-1128) ed era stato anche giudicato dalla precipitata decisione di Lione dei 25 nov. 1842.

Prima dunque dello scioglimento della comunione, come generalmente insegnasi, deve la moglie accettare; ma in qual modo? Secondo il nostro articolo l'accettazione deve essere formale; non basterebbe una tacita indotta da circostanze di fatto. A torto dunque molti scrittori (1) insegnano che l'intervento della moglie nel contratto di acquisto in cui il marito fa la dichiarazione richiesta dalla legge, costituisce una tacita efficace accettazione. Essendo la moglie tanto dipendente dal marito non è bastato al legislatore fosse ella presente nell'atto: l'articolo 1544 (T) dice, che in una costituzione di dote fatta dal solo padre, la madre *benchè presente* al contratto, non si ritiene obbligata. A torto Rodière e Paolo Pont (I-510), dopo aver detto che la presenza della moglie sarebbe efficace se la sua volontà di accettare risultasse da alcune dichiarazioni poste nell'atto di acquisto, aggiungono: *o da tutt'altre circostanze in cui i giudici di fatto han piena libertà di giudicare*. La volontà di accettare, come è stato giudicato da una decisione di rigetto dei 17 agosto 1813, può indursi da tutti insieme

i termini del contratto, poichè essendo nei termini dell'atto, è espressa e formale; ma non potrebbe indursi dalle circostanze di fatto prese fuori del contratto; vi sarebbe allora una tacita accettazione che poteva esser sufficiente altra volta quando non eravi regola alcuna su ciò (benchè Bonrjon e Lebrun insegnassero che la moglie dovesse *accettare formalmente, consentire espressamente*); ma è oggi inefficace di fronte all'art. 1435 (T) (2).

L'accettazione della moglie, se non è fatta insieme colla dichiarazione del marito, deve farsi in un atto posteriore; ma non però l'atto dev'essere autentico, come vuole Duranton (XIV-394); ed a ragione tal dottrina è rigettata da Benech (n. 46) da Rodière e Paolo Pont (*loc. cit.*) e da Troplong (II-1131). — L'accettazione o in un atto privato o in un atto autentico sarà sempre formale, ma l'atto privato non avrà effetto in faccia ai terzi secondo l'art. 1328 (1282) se non quando avrà acquistato una data certa con una delle tre cause in esso indicate. In ogni modo la moglie non dev'essere autorizzata del marito per fare la accettazione separata; essa già lo è stata tacitamente per la dichiarazione di lui, in cui dicevasi comprar egli lo immobile per esser proprio di sua moglie, se questa volesse accettarlo.

Colla sola accettazione della moglie, come abbiain detto, lo immobile acquistato per servirle di rimpiego ne diventa proprio. Quindi qualunque alienazione o concessione di dritti reali che il marito farebbe ai terzi pria dell'accettazione, sarebbe valida perchè riguardante un acquisto di comunione. In caso di alienazione l'offerta fatta dal marito colla sua dichiarazione è revocato, e la moglie non può più accettare; che se il marito ha solo concesso servitù o ipoteche, è libera la moglie di

(1) Toullier (VII, 361); Zachariae (III, p. 425); Troplong (II, 1129).

(2) Diciamo con Benech (*Impiego e Reimpiego*, n. 43) come principio generale, che l'accettazione dev'essere formale, cioè espressa, e che la Corte suprema dovrebbe cassar quella decisione che si contentasse della tacita; ma non sapremmo, con

lui, biasimar la decisione di rigetto del 1813, poichè la Corte di appello, a torto o a ragione, nei termini del contratto avea visto l'accettazione. Erasi dunque riconosciuta, forse a torto, la esistenza di una espressa accettazione in modo che poteva essersi mal giudicato, ma non esservi violazione di legge.

non prender l'immobile o accettarlo nello stato in cui trovasi, con le servitù, e colle ipoteche. In nessun caso può la moglie pretendere di attribuire alla sua accettazione un effetto retroattivo, ed ogni concessione fatta dal marito nello intervallo dell'acquisto o della sua dichiarazione, all'accettazione della moglie, resta valida dopo e non ostante l'accettazione (1).

Sotto l'art. 1497 (T), n. Il esamineremo se l'accettazione della moglie diventi inutile in caso di convenzionale rimpiego, cioè quando il contratto di matrimonio racchiuda la clausola di rimpiego.

IV.—È controverso se i nostri art. 1434 e 1435 (TT) debbano strettamente intendersi, allorchè parlano d'immobili divenuti propri, in rimpiego *d'altri immobili*, e se tal qualità di propri appartenga ugualmente agli immobili acquistati, con le condizioni richieste, col danaro proprio di un coniuge e non proveniente dall'alienazione del suo immobile. Nel caso adunque in cui una somma determinata si legasse ad un coniuge colla condizione che non la metta in comunione; ove si compri un immobile con dichiarazione che si paghi col danaro legato al coniuge, e che debba diventargli proprio, lo si potrà render veramente tale coll'accettazione della moglie, se trattasi di lei? Duranton (XIV, 389) e Dalloz (Rep., X, p. 196) rispondono del no, riportandosi al testo dei nostri due articoli.—Ciò non ci sembra esatto, nè sappiamo perchè seguirli. Che cale che il danaro sia proprio, perchè proveniente dall'alienazione di un immobile personale o perchè legato con tal condizione? In ambi i casi la sua natura non è la stessa? E se è proprio in un caso come nell'altro, perchè non rimpiegarlo nella compra di un immobile proprio? I due casi sono identici, dappoichè nel primo l'immobile che avea il coniuge non esiste più, e non ne rimane che una determinata somma: secondo l'arti-

colo 1595-2° (1440) il marito può cedere gl'immobili alla moglie, sia pel reimpiego degl'immobili di lei alienati, o per quello di danaro proprio di lei; d'altra parte lo articolo 1470 (T) riconosce in ogni coniuge, nella divisione della comunione, il dritto di prelevare pria di quella, o i suoi personali beni senza distinguere sieno immobili o mobili; o *quelli stati acquistati in reimpiego* dei beni personali, qualunque si sieno. Lo spirito della legge non rigetta dunque, ma autorizza invece il rinvestimento in immobili propri delle somme personali di un coniuge; e ben a ragione il più degli scrittori e la giurisprudenza rigettano intorno a ciò la dottrina di Duranton (2).

Analogamente a tal soluzione diciamo che sebbene l'art. 1407 (T) parli solo dell'immobile acquistato in permuta di un *immobile* proprio, la non può applicarsi ugualmente a quello acquistato in permuta di un bene proprio *mobiliare*. Così, p. e. se il coniuge permuti per un immobile un quadro di famiglia d'un immenso valore statogli donato con condizione di rimanergli proprio, non potrebbe dubitarsi che esso immobile non sia proprio, così come se lo oggetto permutato fosse stato mobiliare.

Altra quistione più delicata è se il testo della legge, che non esclude il reimpiego dei danari propri provenuti da sorgente altra che un'alienazione d'immobili, non escludesse quello di danari che proverrebbero dalla vendita di un immobile; in altre parole, se si può fare anticipatamente il reimpiego del prezzo di un bene proprio che si ha in animo di vendere appresso. A primo aspetto pare evidentemente che no. Siam tratti a dire, come fa Toullier, essere strano il reimpiegare un prezzo che non esiste ancora, il mettere una cosa invece di un'altra non ancor tolta, e par che manchi la prima delle condizioni richieste, poichè la legge innanzi tratto vuole

(1) Discussione del Consiglio di Stato (Fenet, XIII, p. 562); Rodière e Paolo Pont (I-511); Troplong (II 1136).

(2) Toullier (XII-356); Zachariæ (III, p. 426); Battur (I-209); Rolland de Villargues (alla parola

Reimpiego, n. 25); Paolo Pont e Rodière (I-513); Troplong (II, 1158 e 1157); Tolosa, 27 mag. 1834; Caen, 6 mag. 1839; Parigi, 9 lug. 1841 (Dev., 35, 2, 175; J. P. 1841, 2, 385).

che l'immobile nuovo si paghi col prezzo del bene proprio del coniuge: non dubiteremo di dire, col più degli scrittori e con molte decisioni (1) essere nullo lo anticipato reimpiego se non dovremmo fare un'importante distinzione.

Infatti il reimpiego, sebbene anticipato, può avere le condizioni richieste dalla legge, e allora diventa per lo meno dubbio se sia nullo. Così, dichiaratosi nel contratto che l'acquisto si fa per rinvestire in vantaggio della moglie il tal bene proprio determinato, appartenente ancora a lei, ma che sarà fra breve venduto; consentendo poi il venditore a ricevere il prezzo, dopo progettata l'alienazione, si dice che l'acquisto si pagherà col ritratto della vendita del bene proprio e che poi si farà comprovare colla quietanza che quei danari son quelli che servono al pagamento; se poi si aggiunge l'accettazione della moglie, in breve se concorrono tutte le condizioni del nostro articolo, perchè dovremmo dichiarar nullo un tal reimpiego? — Non certo perchè l'acquisto fatto per esso fosse condizionale, dipendendo dalla futura alienazione del bene proprio, perchè una vendita può farsi puramente, semplicemente, e con condizione, o a termine; e nemmeno perchè, secondo oppone Toullier, non si può reimpiegare un prezzo che non esiste, nè sostituire una cosa che esiste ancora; il prezzo esisterà, e la cosa propria più non sarà, quando il reimpiego si compirà pagandosi il prezzo della cosa propria alienata al venditore dell'immobile acquistato. Assurdo sarebbe il dire che la cosa acquistata sostituisca *immediatamente* nel patrimonio del coniuge il proprio ivi ancora esistente; ma gli è ben detto, che la tal cosa sostituirà la propria nel patri-

monio *quando questa non ti sarà più*. Noi pensiamo adunque col più degli scrittori e con molte decisioni (2) che il reimpiego fatto con un acquisto anticipato sia valido, allorchè concorrano le varie condizioni richieste dai nostri articoli.

Troplong, tuttochè dichiara in principio che il contrario sistema non è pur da sostenersi, ammette seguendo una decisione della Corte d'Angers (3) che debbasi applicare pel marito, e che l'anticipato reimpiego debba essere solo valido per la moglie. Si respinge da noi tale arbitraria distinzione, che non ha legale fondamento. È vano il dire che il marito con siffatto mezzo si arricchirebbe a spese della comunione, dappoichè potrà egli effettuare l'impiego se lo acquisto è vantaggioso, se no lascerà invenduto il bene proprio. La obbiezione non ha forza essendo l'inconveniente uguale pel reimpiego ordinario e lo anticipato: in quello è il marito padrone di acquistare per se quando gli si presenta il destro e lasciare alla comunione gli altri acquisti. Troplong fa notare che in ogni circostanza, e *per la natura stessa delle cose*, il reimpiego è un *pericoloso strumento* se il marito l'esercita nel proprio interesse. Nulla ha vi dunque di particolare pel reimpiego anticipato, e quindi la questione deve sciogliersi con un no od un sì assoluto.

Ammessa che i nostri articoli permettano il reimpiego della cosa propria anteriormente alienata, lo anticipato reimpiego sarà proibito tanto al marito che alla moglie; riconosciuto invece da noi e da Troplong, che tali articoli non rigettano l'anticipato reimpiego, sarà questo permesso sì al marito che alla moglie.

1408 (T). — L'acquisto fatto durante il matrimonio, col mezzo di licitazione, od

altrimenti della porzione d'un immobile di cui uno dei coniugi era proprietario per

(1) Toullier (XII-370); Bellot (I, p. 521); Odier (I-326); Parigi, 23 genn. 1820; Bourges, 1° agosto 1838 (Dev., 38, 2, 455).

(2) Rolland de Villargues (Rep., alla par. *Reimpiego*, n. 39); Coulon (Quest. III, p. 413); Glandaz (n. 264); Paolo Pont e Rodière (I, 512); Po-

thier (19 genn. 1825); Rig., 23 nov. 1826; Angers, 5 febbr. 1819 (Bordeaux, 12 genn. 1831; Parigi, 27 marzo 1847).

(3) Troplong (II, 1154); Angers, 6 marzo 1846 (Dev., 46, 2, 37).

indiviso, non si considera come uno acquisto fatto alla comunione, purchè questa venga indennizzata della somma che avrà somministrato per tale oggetto.

Nel caso in cui il marito venisse egli solo ed in nome proprio, ad essere acquirente od aggiudicatario di tutto o parte di un immobile spettante per indiviso alla mo-

glie, questa all'epoca della dissoluzione della comunione, ha la scelta o di rilasciare l'effetto alla comunione, la quale in tal caso resta debitrice verso la moglie della parte che ad essa appartiene del prezzo, o di prendere l'immobile, rimborsando alla comunione il prezzo dell'acquisto.

SOMMARIO

I. L'acquisto di una parte dell'immobile indiviso, di cui altra parte appartiene ad un coniuge dà a questi la proprietà dell'immobile. Errore di Toullier. Non importa quando la indivisione è cominciata. — Altra inesattezza di Toullier. La regola si applica ad un coerede col beneficio divenuto aggiudicatario dello immobile, anche per lo acquisto d'una porzione di ciò che non appartenga al coniuge. Controversia su questi due punti.

II. Questa regola vale solo per tutti i casi in cui, a parte di questa disposizione, l'acquisto abbia dato la proprietà.

III. Se una parte dell'immobile indiviso appartiene alla moglie, e il marito ne acquista l'altra porzione o la totalità, sta nella scelta della prima o di ritenere per se lo acquisto o di lasciarlo in comunione.

IV. Questa scelta però non può farsi pria di sciogliersi la comunione. La moglie non può chiedere alcun termine per farla.

V. La moglie, se ritiene per conto suo lo acquisto fatto dal marito per la comunione, deve compensarne questa; in caso contrario, se l'immobile resta intero in comunione, non può pretendere compenso per la parte che le spettava. Errore di Duranton.

VI. La moglie può rinunciare alla facoltà di scegliere? Quid in tal caso? Possono i suoi creditori esercitare questa facoltà. — Controversia.

VII. Alle sette sorgenti d'immobili propri indicate dai testi, bisogna aggiungere l'accessione all'immobile d'un coniuge. Ma l'acquisto d'una parte di terreno per accrescere il chiuso del coniuge, o la compra che si fa per la comunione dell'usufrutto gravitante sull'immobile del coniuge, non si possono riguardare come accessioni.

VIII. Dei beni mobiliari propri. Essi sono perfetti o imperfetti. — Sviluppo sulle tre sorgenti da cui provengono.

I.—Delle due regole di questo articolo, la seconda è in certi casi una eccezione alla prima. Occupiamoci di questa.

Secondo il nostro primo paragrafo, allorchè l'uno de' coniugi è proprietario di una porzione ancora indivisa di un immobile, e si sia acquistata l'altra nel tempo del matrimonio all'incanto o altrimenti dal coniuge comproprietario, o dall'altro o da entrambi (la legge non fa distinzione), la porzione ora acquistata diventa propria a tal coniuge ugualmente a quella che in pria appartenevagli, salvo il compenso da lui dovuto alla comunione pel prezzo dell'acquisto; quand'anche questo si facesse dai due coniugi con espressa dichiarazione di farla per la loro comunione, o ciascuno per metà.

La legge e non la volontà dei coniugi

rende le cose proprie o acquistate. Toullier (XII, 165) cade in grave errore insegnando che lo acquisto della porzione d'un immobile di cui è comproprietaria la moglie, formerà uno acquisto di comunione, se fatto dal marito e dalla moglie insieme, quand'anche senza dichiarazione alcuna, e che bisognerebbe per fare una cosa propria l'espressa accettazione della moglie, come pel reimpiego. Nulla havvi di comune tra questo il quale presenta una compra ordinaria, e la sola dichiarazione del coniuge fa diversa dalle altre compre (ciò rende indispensabile la dichiarazione) ed il nostro caso di indivisione che equivale a divisione; e fa di pieno dritto stimare che il coniuge comproprietario sia stato sempre solo proprietario della porzione acquistata.

Perciò il nostro articolo seguendo la dottrina di Pothier non fa distinzione alcuna, e dichiara propria la porzione acquistata, e da chi non monta. Non solo adunque sarà propria la porzione quando i coniugi agendo di conserva nulla han detto, come crede Toullier, dappoichè la presenza della moglie nell'atto mostra abbastanza il suo dritto di proprietà, e quella del marito il suo dritto di godimento, e l'esser lui consulente della moglie; ma lo sarà pure ad onta di qualunque clausola che avversasse tale idea, essendo essa nulla, perchè contraria alla formale prescrizione del paragrafo 1° del nostro articolo (1). Ma se basta vi sia indivisione, è questa indispensabile; e se la porzione che appartiene al coniuge fosse la frazione di uno immobile già diviso tra lui e i suoi comproprietari, più non si applicherebbe la regola (2).

La indivisione basta perchè si applichi l'articolo, non badando al maggior o minor valore della porzione indivisa spettante al coniuge, nè al tempo in cui ha avuto principio l'indivisione, e mal si avvisa il Toullier (XII, 155 156 e 159) volendo che essa nasca pria del matrimonio. Se per la morte di mio padre divento io *durante il mio matrimonio* comproprietario per la metà della casa ch'ei possedeva, e di cui l'altra metà spetta a mio fratello, la mia metà non appartiene alla comunione, ma a me personalmente e l'altra metà, se acquistata da me, sarà mia propria, secondo la nostra regola, benchè l'indivisione sia avvenuta durante il matrimonio: la dottrina di Toullier è condannata da tutti gli scrittori,

specialmente dal suo annotatore Duvergier (3).

Ma si dovrà applicare la nostra regola se un coerede beneficiato acquisti un immobile in un'aggiudicazione forzata a cui procedettero i creditori ereditari? Alcune antiche decisioni appigliaronsi al no, e, dopo il Codice. Bellot (I, p. 219) e Zachariae (III, p. 426) le han seguito. Essi si fondano su ciò, che la legge parla solo dell'acquisto di *parte* di un immobile, di cui un'altra parte spetti al coniuge, mentre qui, essi dicono, il coerede acquista colla aggiudicazione, *tutto* l'immobile, non come erede, ma come acquirente. In tal caso, seguono a dire, si fa la compra di tutto l'immobile, che è un acquisto, come in qualunque compra..... Cotesta dottrina, che sotto il Codice è stata ammessa e rigettata da due diverse decisioni (4), ci sembra inesatta; e a buon dritto è stata rigettata nello ultimo stato dell'antica giurisprudenza, e dal più degli scrittori antichi e moderni (5). In fatti l'aggiudicazione, anzichè fare acquistare al coerede, gli conferma il dritto che avea *ab initio* sopra una parte dell'immobile; poichè, per questa non si potrebbe additare un proprietario intermedio fra lui ed il defunto; sicchè vi sarebbe acquisto per ciò che egli non aveva, e quindi per una porzione, secondo chiede la legge.

Si è domandata se la regola debba applicarsi all'acquisto che si farebbe d'una parte soltanto di ciò che non spetta al coniuge nello immobile da cui non verrebbe a cessar l'indivisione. Così, un coniuge che

(1) Pothier (n. 152); Rodière e Paolo Pont (I, 477); Troplong (I, 664-668). — Caen (25 febbraio 1837); Nancy (18 maggio 1838); Amiens (3 giugno 1847 (Dev., 38, 2. 154; 48, 2. 674).

(2) Doan (10 maggio 1838).

(3) Troplong (I, 659) rigettando come noi un tale errore crede non potersi riproverare a Toullier, il quale secondo lui non si manifesta molto formalmente. Pure Toullier è molto preciso, dopo avere egli detto (n. 155) che trattasi di beni indivisi *acquistati pria del matrimonio* soggiunge (numero 156) che a ciò solo si deve riguardare: « L'uno dei coniugi era pria del matrimonio comproprietario indiviso dello immobile? Poi nel nom. 159 per ben tre volte ripete trattarsi d'un coniuge *comproprietario pria del matrimonio* parla la legge

MARCADE, Vol. III, p. I.

d'un immobile *indiviso pria del matrimonio*, e lo art. 1408 (T) esser fondato sul fatto dell'indivisione degli immobili *ANTERIORI AL MATRIMONIO* ».

(4) Amiens, 3 marzo 1815; Parigi, 2 giugno 1817. Queste due decisioni contrarie versano sullo stesso affare, perchè la prima fu cassata; ma la cassazione (24 lug. 1818) fondossi sopra un motivo estraneo alla nostra questione, in modo che la Corte suprema non pronunziò sulla questione.

(5) Merlin (*Rep.*, alla parola *Diseredare*, n. 5); Toullier (XII-157); Duranton (XIV-200); Dalloz (X, p. 196; Balth (I-259); Glendaz (n. 120); Odier (I-135); Paolo Pont e Rodière (I-484); Troplong (I, n. 648) — Vedi inoltre Nancy, 9 giugno 1851 (Dev., 56, 2. 785).

essendo uno dei tre comproprietari di un immobile, acquista, o vede acquistare dal suo coniuge la parte di uno degli altri comproprietari, la riterrà egli in proprio?.. Rodière e Paolo Pont (1-485) non che una decisione del 1836, rispondono del no, e vogliono che il nostro articolo debba solo applicarsi all'atto che fa cessare completamente l'indivisione (1). Ma questa dottrina, combattuta già da noi nella nostra terza edizione, è stata rigettata dopo da due decisioni del 1849 e 1850, una delle quali della Corte suprema (2): essa in fatti urta al testo, non che allo spirito della legge. Al testo; poichè l'articolo parla di qualunque acquisto di *porzione* di un immobile di cui un coniuge è indiviso proprietario, sia o no cotesta porzione la totalità di ciò che non apparteneva al coniuge. Allo spirito della legge, perchè non sarebbe conforme ai suoi fini, che avendo io in proprio un terzo dello immobile, il secondo terzo che ho potuto comprare, mi diventi pur proprio, onde abbia più tardi la proprietà dell'intero, quando potrà acquistare l'ultimo terzo? Negarmi la seconda

porzione che acquisto oggi perchè non ho acquistato immediatamente la terza, e negarmi poi la terza che comprerò più tardi, perchè non avrò la seconda, non importa render perenne la indivisione, non ostante tutti i miei sforzi, mentre al contrario la legge mira a farla cessare? Non si crea forse la indivisione fra me e la comunione, mentre la legge cerca di schivarla? Dall'altra parte, quale inconveniente vi sarebbe che io avessi in proprio per un tempo maggiore o minore una porzione indivisa maggiore di quella che dapprima mi apparteneva? L'aver voluto esagerare il rapporto tra il nostro articolo 1408 (T) e lo art. 883 (803) ha fatto rampollare l'errore. Certo il nostro articolo è fondato sopra idee, una delle quali ha analogia col principio dell'art. 883 (803), ma non ne è una semplice applicazione, come si è creduto. Il nostro articolo che ha i suoi speciali motivi, ha la sua speciale estensione, e si andrebbe errati se lo si volesse restringere dentro ai limiti dell'art. 883 (803). La qual cosa è stata ben compresa da due decisioni del 1849 e 1850: a l'art. 1408 (T),

(1-2) Parigi, 3 dic. 1836 (Dev., 37, 2, 92). — Rouen, 19 mar. 1849, conservata da una decisione di rigetto del 30 gennaio 1850, (Dev., 50, 1, 297). Il raccogliatore delle decisioni porge la soluzione di queste due ultime decisioni come conforme alla prima. E ciò fa per mancanza di riflessione. Egli è vero che nella causa del 1849 e 1850 il coniuge, al tempo della causa aveva già rinunziato con due acquisti successivi *la totalità* dell'immobile, poichè comprata prima la parte di una delle due sue sorelle aveva poi ottenuto dall'altra la sua porzione nel potere; gli è vero altresì che in cotesto stato di cose le due decisioni di Rouen, e della Corte Suprema han parlato soltanto del risultamento definitivo dei due atti successivi senza dire nulla dello effetto particolare del primo, d'onde Devilleneuve inferisce non essere stata giudicata la questione dell'effetto prodotto dal primo atto. Errore manifesto. Non si poteva giudicare l'effetto definitivo dei due atti senza giudicare per ciò stesso quello del primo: dire che Vimard con l'ultimo atto che gli attribuiva la parte della seconda sorella aveva in proprio l'intero immobile, importava che col primo atto gli era già divenuta propria la parte comprata dell'altra sorella? Se fosse vero come era stato giudicato dalla decisione del 1836, e come dice pure Devilleneuve nelle annotazioni due dec. del 1849 e 1850, che l'acquisto non dà più un bene proprio, ma un bene acquistato quando concerne la parte di uno dei tre coeredi, cosicchè lascia continuare la indi-

visione fra il coniuge acquirente e l'altro coerede, il primo atto di Vimard, con cui aveva comprato la parte di una delle due sorelle, e che aveva fatto continuare la indivisione tra lui e l'altra sorella la signora Pradeaux, avrebbe prodotto un acquisto, non un bene proprio di Vimard, e quindi il secondo acquisto che questi fece appresso della parte dell'altra sorella non avrebbe potuto dargli in proprio *la totalità* dell'immobile. — Vedi pure in questo senso Bourges, 20 agosto 1853 (Dall., 56, 2, 41). Ma la dottrina contraria difesa da Paolo Pont nel *Trattato del Contratto di Matrimonio* (loc. cit.) è stata da lui ripresa e sviluppata nella *Revue critique* tom. 1, p. 203 a tom. 2, p. 513 a proposito di una decisione proferita conforme alla sua opinione dalla Corte di Douai il 13 gennaio 1852 (J. P. 1852 tom. II, pag. 133). Vedi anche un'altra decisione della medesima Corte del 31 marzo 1852 (Dev., 53, 2, 47) secondo la quale sotto la regola della comunione il reimpiego del prezzo di un bene proprio alienato durante il matrimonio si fa validamente con lo acquisto di una parte indivisa di un immobile che appartiene per il duppiù ad un terzo od anche all'altro coniuge; in questo caso se fosse comproprietaria l'altro coniuge invano si metterebbe innanzi l'articolo 1408 (T) per pretendere che la parte di recente acquistata avesse accresciuta quella del detto coniuge, restando a colui di cui sono stati alienati i beni propri e che col prezzo ritratto dai medesimi ha pagato il novello acquisto.

dice quella di Rouen, non è dominato dall'art. 883 (803), forma un dritto speciale, che si fonda su considerazioni eccezionali estranee ai motivi che dettarono l'art. 883 (803); la Corte suprema dice a sua volta che « la decisione impugnata ha fatto una giusta applicazione dell'art. 1408 (T) e non ha violato l'articolo 883 (803) che si applica in un altro ordine di idee. »

II.—La regola del nostro articolo sembra dettata per un acquisto fatto a danaro; e non già per la porzione di un immobile acquistata come bene proprio per successione o per donazione. Così se la metà d'un immobile indiviso di cui l'altra metà appartiene al marito si acquista dalla moglie per donazione e successione, la metà sarà propria della moglie, e secondo la nostra disposizione non si riunirà all'altra metà che aveva il marito. La qual idea che sorge abbastanza dalla natura delle cose, è manifestata dal testo stesso dello articolo, che parla del danaro *somministrato per lo acquisto*.

In fatti abbiamo veduto che il Codice non chiama beni *acquistati* ma beni *devoluti*, quelli che provengano per successione o per donazione (articolo 1401-2° e 3° (T)).

Ma bisogna che si vada più in là nel nostro esame. — Così se la metà indivisa dell'immobile, di cui l'altra metà spetta già al marito è devoluta alla moglie per una donazione che la mette in comunione, conforme all'art. 1401 (T), tal metà, sebbene ottenuta a titolo gratuito, non dovrà forse essere governata dalla regola del nostro articolo? Viceversa, se questa medesima metà si acquista dalla moglie in permuta di uno dei suoi beni propri, benché avuta a titolo oneroso, non dovrà essere sottratta dalla nostra regola? In breve, non dobbiam dire che la nostra regola debba o no applicarsi, non secondochè l'acquisto sia a titolo oneroso o gratuito, ma secondochè esso avrebbe procurato un bene acquistato o un bene proprio, se mai l'articolo non si fosse scritto?

Ci sembra delicata cotale quistione, che nessuno ha proposto, e che pure è di molto interesse per la interpretazione del nostro articolo; a sentimento nostro si deve risolvere affermativamente.

E sulle prime sembra conforme allo spirito della legge, che lo acquisto sia governato dall'articolo quando senza di esso avrebbe dato un bene acquistato, non ostante sia stato a titolo gratuito.

Poichè la legge, quando la compra deve farsi per la comunione, suppone che i coniugi comprino la parte indivisa di un immobile, perchè un'altra parte ne esista nel patrimonio di un di loro, non si è forse nel suo sistema, supponendo o prestando questa medesima idea a colui che fa donazione della parte indivisa alla comunione? Poichè una parte indivisa dell'immobile che esiste presso un coniuge ha la forza di trarre a se, ove si faccia una compra, la nuova parte che dovrebbe in principio restarne divisa entrando in comunione, perchè non dovrebbe avvenire lo stesso ove si faccia una donazione alla medesima comunione e non personalmente allo altro coniuge? Il compenso che deve pagare il coniuge comproprietario alla comunione sarà facilmente stabilito non più dal prezzo dello acquisto, non essendovene in questo caso, ma da una stima del valore della porzione donata al tempo della donazione.

Per l'opposito, quando la parte nuova si è acquistata per una causa che fuori del nostro articolo e secondo le altre disposizioni della legge ne fa un bene proprio del coniuge non proprietario dell'altra parte, siccome propria è allora ciascuna delle due parti, nè si deve far prevalere il bene proprio dell'un coniuge sul bene proprio dell'altro, la porzione così acquistata, sebbene a titolo oneroso, par che debba non riunirsi alla porzione dell'altro coniuge e restar propria di colui che la acquista; in altri termini non applicarsi il nostro articolo (1).

Da cotesta soluzione rampolla qualche

(1) Supponiamo uno acquisto che attribuisca in proprio la nuova parte indivisa al coniuge non

obbiezione. E in prima essa si oppone al testo, il quale applica la sua regola allo acquisto per cui una somma è stata somministrata, mentre nel nostro sistema si applicherebbe pure ad una donazione che dovrebbe formare un acquisto. Ma il testo non è limitativo; vi si è parlato dell'acquisto a danaro, come il caso più comune, ma non per escludere il caso contrario. Così non potrebbe dubitarsi che dovrebbe applicarsi l'articolo, se la porzione dello immobile di cui un'altra porzione spetta ad uno dei coniugi si fosse acquistata in permuta di un immobile comune. Eppure non si sarebbe somministrata alcuna somma per lo acquisto, e il compreso della comunione potrebbe stabilirsi anche con una stima. — Altra obbiezione può anche farsi, ed è, che secondo il nostro sistema il marito potrebbe vietare che la moglie abbia una parte dell'immobile patrimoniale ch'ella può avere in intero, mentre perciò egli potrebbe prendere quella parte come bene proprio in permuta o reimpiego di un altro bene proprio. Ma si noti che la permuta o il reimpiego renderà tal circostanza abbastanza rara e insieme indipendente dal semplice capriccio del marito; non si può far sempre a piacere il reimpiego o la permuta di un bene proprio. Dall'altra parte, ammesso il contrario sistema, dicendo che sarà governata dal nostro articolo la porzione acquistata, se a titolo oneroso, e sebbene la sia in permuta o in reimpiego di un bene proprio, maggiori inconvenienti potrebbe averne la moglie, poichè ella, accettata in permuta o in reimpiego una porzione dell'immobile di cui una parte spettava al marito, avrebbe tutto uno acquisto nullo, si sarebbe insieme privata dell'immobile acquistato (riunito di pieno diritto alla parte del marito) e del suo proprio alienato, e contra la sua volontà non avrebbe altro che

proprietario dell'altra parte; se la attribuisse in proprio al coniuge già proprietario della prima parte, non sarebbe più dubbio, perchè allora vi si riunirebbe in qualunque ipotesi, si applicasse o no la regola del nostro articolo. Per altro, noi intendiamo non potersi applicare la regola del nostro articolo né allo acquisto che rende la nuova parte

un semplice credito pecuniario. — Adunque la questione deve risolversi affermativamente, e conforme al parer nostro abbiamo una decisione del 1849, nella quale leggesi potersi ammettere il principio in tutti i casi in cui per effetto della comunione stipulata, l'acquisto formerebbe un bene acquistato.

Arrage (secondo sopra abbiain detto, che non debba farsi prevalere un bene proprio di un coniuge su quello dell'altro) che se la comunione acquistasse a titolo oneroso o gratuito una parte di un immobile indiviso, di cui già ciascuno dei coniugi avrebbe in proprio una parte, la porzione acquistata diverrebbe propria, secondo il nostro articolo, in parte all'uno dei coniugi in parte all'altro, in proporzione del valore della parte, che ad ognuno di essi appartiene.

In somma la nostra regola si applicherà o per il coniuge comproprietario, o per i due coniugi insieme se entrambi comproprietari, quando la nuova parte dello immobile indiviso dovrebbe entrare in comunione; ma non si applicherà quando la novella parte costituisca un bene proprio.

III. — Dopo la regola già svolta ve ne ha un'altra che si applica ora ad un altro caso, ora anche al medesimo caso dalla prima previsto.

Essendosi detto nel primo paragrafo dell'articolo che se si fa acquisto durante il matrimonio della porzione di un immobile indiviso, di cui un'altra porzione spetta già ad un coniuge, la porzione acquistata sarà propria di costui, si aggiunge, che ove un marito acquisti una porzione o tutto intero l'immobile indiviso di cui una parte era propria della moglie, esso sarà o acquistato o proprio, secondochè la moglie vuol metterlo in comunione, o ritenerlo per se (1).

Ciò posto, ove nell'aggiudicazione spetti

propria del coniuge già proprietario della prima, né a quello che la farebbe propria dell'altro coniuge; la parte è propria allora non secondo il nostro art. 1408 (T) ma secondo l'art. 1407 (T) ovvero secondo gli articoli 1434, 1435 (TT) ovvero secondo qualche altra disposizione sopra spiegata.

(1) Ma il retratto d'indivisione non si potrà eser-

al marito *tutto intero* un immobile indiviso, di cui uno dei comproprietari è la moglie; si applicherà la nostra seconda regola; nè questo caso si potrà confonder coll'altro previsto dalla prima regola, poichè questa ha luogo quando si acquista una *porzione* d'un immobile, di cui altra porzione appartiene sempre ad un coniuge. Ma non vi sarebbe più luogo a distinguere, e varrebbero ambe le regole, ove si voglia supporre che il marito acquisti da un coerede della moglie la metà indivisa dello immobile, di cui l'altra metà spetta a questa. Infatti, da un canto, viene ad acquistarsi una porzione dello immobile su cui un coniuge avea un dritto indiviso, come si vuole dalla prima regola; dall'altro, come vuolsi dalla seconda, è il marito che acquista una porzione dell'immobile indiviso, che in parte spettava alla moglie. Che farsi in tal caso? . . . Non vi ha dubbio che si debba applicar la seconda; poichè la prima è stabilita in modo *generale* per tutti i casi in cui si acquista una porzione dello immobile, di cui spetta un'altra parte ad uno dei coniugi; e quella è formata *specialmente* per il caso in cui il marito acquista una porzione dello immobile di cui l'altra porzione spettava alla moglie. Però *specialia generalibus derogant*; il nostro primo paragrafo deve quindi completarsi così: « tranne quando spetta « alla moglie una delle parti indivise, e « l'altra si acquista dal marito; il qual « caso è stabilito nel secondo paragrafo. »

La legge, in questo caso particolare, non segue nè il principio generale dell'articolo 1401-3° (T) secondo cui gli acquisti fatti durante il matrimonio procurano beni acquistati, nè la disposizione eccezionale del secondo paragrafo, secondo cui il coniuge già proprietario d'una porzione, terrà per se l'acquisto; essa si appiglia ad una terza idea; e lascia nella scelta della moglie il rendere l'oggetto un bene proprio o un acquisto per la comunione,

non vuole che il marito possa, a suo capriccio, dare alla moglie in proprietà una porzione dello immobile, pagata forse troppo cara, e che può non convenirle; ma non vuole nemmeno che si tolga alla moglie di appropriarsi questa medesima porzione se lo giudichi convenevole. Per applicarsi questa regola è d'uopo, dice il testo, che lo acquisto si facesse dal marito *solo e in suo nome proprio*; ma non devono prendere alla lettera queste parole, e spiegarle semplicemente, dal marito che *non agisce per rappresentare o assistere la moglie*.

Ponghiamo il caso che il marito nello atto di acquisto dichiari non agire per lui personalmente, ma per la comunione; dovressi allor dire, per appigliarsi alla parola dell'articolo, che non si applicherà più la regola? . . . Eppure è questo il vero caso in cui si deve applicare; nè lo si potrebbe più se il marito agisce per suo conto personale, acquistando l'immobile come proprio nei particolari casi in cui lo abilita la legge, cioè accettandolo come donatario, o prendendolo in permuta, o per reimpiego d'un immobile suo proprio. Ma qui la persona del marito non è risguardata in opposizione alla comunione; anzi come rappresentante di essa e in opposizione alla moglie, alla volontà speciale di costei.

E quand'anco il marito dichiara di acquistare l'immobile per esser proprio della moglie, la sua dichiarazione, se non si fosse data in forza di una procura della moglie al marito, non avrà vaglia, nè osterà per niente l'applicazione della nostra disposizione; non essendo altro allora che la manifestazione della volontà del marito, e secondo la nostra disposizione la moglie non può acquistare senza la sua volontà un immobile che può non convenirle. — Se il marito agisse col concorso della moglie, e dichiarasse avere acquistare per la comunione, la moglie non potrebbe esser privata della scelta per il suo concorso, il quale mostrerebbe la sogge-

citare dalla moglie che è in comunione; la quale avrà semplicemente un dritto di uso sopra gl'immobili acquistati dal marito, specialmente sopra un bo-

sco, Montpellier, 9 genn. 1834 (J. P. 1856. t. I, pagina 70).

zione di lei al marito, anzichè la sua speciale volontà.

Da ultimo sarà pur così se la moglie agisca sola, ma per conto del marito, in esecuzione di un mandato di lui, perchè allora il marito agisce per organo della moglie.—In breve quando l'acquisto, in qualunque modo fatto, è l'opera non della moglie, ma del marito (però non gliene fa un bene proprio), la moglie può scegliere. Ma se ha acquistato per se la moglie, agendo da se, assistita dal marito, o agendo questi come suo mandatario, si esce dal nostro secondo paragrafo, e si rientra nella regola del precedente, e quindi la porzione acquistata diventa propria della moglie immediatamente, non potendo ella farne un bene della comunione.

IV.—In qual tempo la moglie può fare la scelta voluta dal nostro articolo?... Una decisione ha giudicato che la si può fare o allo scioglimento o durante la comunione; Troplong (1-679) pensa pure in questo modo (1). Ma una decisione posteriore della Corte Suprema (2) ha rigettato quell'idea, perchè urta al testo stesso dell'articolo il quale permette solo la scelta *al tempo dello scioglimento*. — S'invoca indarno la disposizione dell'articolo 1435 (T) secondo il quale la moglie può accettare sempre durante il matrimonio: i due articoli sono diversi, le due disposizioni sono tra loro interamente opposte; nell'articolo 1435 (T), l'accettazione si può fare durante la comunione, scelta la quale non lo si può più, mentre che nell'art. 1408 (T) può esercitarsi il dritto allo scioglimento di essa. Bisogna infatti, nell'art. 1435 (T), che la moglie possa accettare in qualunque tempo della comunione, dappoichè se il marito, pria della sua accettazione alienasse o gravasse l'immobile, ella la perderebbe, o dovrebbe prenderlo nello stato in cui trovasi, nel mentre qui l'alienazione

o le concessioni di dritti reali sarebbero non fatte, ove la moglie dichiarasse di prendere l'immobile in proprio (3). Siccome la scelta della moglie, a differenza della accettazione in caso di reimpiego, retroagisce al giorno dello acquisto, così non doveva autorizzarsi durante il matrimonio, ed era ben semplice stabilirne l'esercizio al punto in cui la moglie riacquista la sua indipendenza e può agire senza l'ascendente del marito. Allo scioglimento della comunione adunque la moglie può esercitare la scelta, ma quando non lo potrà più? ... Toullier (XII-168) dice che la moglie può esercitarla per trent'anni quando rinunzia alla comunione; ma non bisogna attenersi a tal'idea. Se dal loro lato gli eredi del marito, e così la moglie restano nella inazione senza chieder nè questa nè quelli che si facciano liquidi i loro dritti, questi sussisteranno, qui come sempre, per tutto il tempo richiesto a prescrivere; ma se gli eredi del marito richiedono che la moglie si dichiari, essa deve farlo tosto, senza pretendere nè pure il termine di un anno (e meno di venti o trent'anni) per decidersi. La legge non dice che la moglie potrà scegliere per un certo tempo *dopo lo scioglimento della comunione*, bensì che dovrà farlo al momento dello scioglimento (4).

V.—Allorchè la moglie vuole appropriarsi l'oggetto acquistato dal marito (ciò chiamasi fare il *retrato d'indivisione*, poichè infatti essa *ritira* e prende per se in conseguenza della sua porzione *indivisa*, quel che il marito avea acquistato per l'immobile) diventa debitrice del danaro pagato dalla comunione per l'acquisto. Non bisogna perciò considerare il valore dell'oggetto nel giorno del retratto, ma quel che è costato tanto per se che per gli accessori, come spese di atti e grandi riparazioni (5). Se la moglie lascia la compra

(1) Lione, 20 luglio 1842 (Dev., 44, 2, 319).

(2) Rig., 25 luglio 1844 (Dev., 44, 1, 614).

(3) Rig. 30 luglio 1816, Rig. 13 luglio 1826, Riom, 20 maggio 1839; Riom, 20 maggio 1843; J. P., 1845; I. 1, p. 39; 1845 I. 11, p. 35; Douai, 22 ag. 1851; Grenoble, 18 agosto 1854 (Dall., 52, 2, 290, 56, 2, 61). Vedi intanto Ric. 25 luglio 1844; Nancy, 9 giu-

gno 1854, (Dall. 44, 1, 428, 55, 2, 251, Dev. 54, 2, 785).

(4) Delvincourt (I. III). Duranton (XIV, 210). Zachariae (III, p. 428) Potho Pont e Rodière (1-495), Troplong (1-688, 681).

(5) Le piccole riparazioni restano a peso della comunione, essendo questa usufruttuaria degli im-

al marito, l'oggetto rimane acquisto di comunione, la quale dovrà pagare alla moglie il compenso dovutole se si è acquistata la porzione di essa.

Come si vede dal testo, la nostra regola si applica, sia che l'acquisto del marito abbia avuto per oggetto l'intero immobile, compresavi la porzione della moglie, sia che versi sopra una porzione, rimanendo l'altra alla moglie; è errore il credere, come fa Toullier, che allorchando la moglie ha serbato la sua porzione, non ha il dritto della scelta, ed è obbligata di lasciare acquisto di comunione, l'altra parte acquistata dal marito. — Par che dica Toullier (XII-467, *in fine*) che se il marito ha soltanto acquistata la porzione del comproprietario della moglie, potrà questa serbare la parte sua, e rinunziando la comunione dovrà dividere l'immobile, onde prendere la sua porzione, lasciando l'altra agli eredi del marito. Sarebbe questo un grossolano errore, essendovi due contraddizioni alla legge. Da un lato la moglie, nel caso nostro, è padrona di fare della parte acquistata dal marito un bene di comunione o proprio, essendole tal dritto accordato per ogni acquisto fatto dal marito di *porzione* o dello intero immobile indiviso. Dall'altro lato, quand' anche il secondo nostro paragrafo non si applicasse a questo caso, e la natura della porzione acquistata fosse direttamente stabilita dalla legge, non dipendendo dalla scelta della moglie, essa porzione, non sarebbe un acquisto, come lo crede Toullier, ma a forza un bene proprio, e la moglie sarebbe astretta di prendere l'intero immobile. Se tal caso si togliesse dalla nostra seconda regola, rientrerebbe nella prima, la quale dichiara, che lo acquisto d'una porzione dell'immobile di cui l'uno dei coniugi è comproprietario indiviso rende tal porzione propria di costui.

Ma per evitare il doppio errore non bisognerebbe cadere nel contrario di Duranton, il quale insegna (XIV, 206 *in fine*) che in questa stessa ipotesi ha la moglie la scelta o di prendere per propria la porzione acquistata dal marito, o di volere che la comunione *le prenda la parte sua* pagando a lei, in proporzione del prezzo del rimanente. Coteste due idee estreme sono egualmente erronee. Dall'una parte, e contro all'idea di Toullier, la scelta può esercitarsi sì pel caso d'acquisto di una porzione, come per lo acquisto del totale (1). D'altra parte, e contro all'idea di Duranton, la scelta è solo possibile per ciò che il marito ha acquistato, in modo che, quando egli ha acquistato una porzione, soltanto questa può, a scelta della moglie, diventarle propria (con la porzione ch'essa ha) o formare un acquisto (restandole sempre propria l'altra).

VI. Se la moglie può, a suo libito, dichiarare che prende per proprio l'oggetto acquistato in tale ipotesi, o che lo lascia alla comunione, può soltanto rinunziare al suo dritto di scelta. Rinunziandosi al beneficio della seconda nostra disposizione, le cose saran regolate come se l'articolo non consistesse che nel suo primo paragrafo. L'oggetto acquistato sarà proprio, secondo la prima regola del nostro articolo, se l'acquisto ha riguardato la porzione non appartenente alla moglie restando questa proprietaria della sua; se invece tutto l'immobile è stato acquistato dal marito, è fuor di luogo il caso di questa regola, e si avrà un acquisto, secondo il principio generale dello art. 1401-3° (T). Queste due idee, di cui Troplong (I-648 e 680) approva e sviluppa la prima, senza dichiararsi sulla seconda, che par confonda con quella, ci sembrano semplici l'una e l'altra.

Infine è da esaminare se il dritto che

mobili (art. 605 (530)). Vedi intanto Cass., 14 novembre 1854. (J. P.; 1856, t. I, p. 61).

(1) È nel senso da noi indicato e confutato che molti giuriconsulti han compreso il passo di Toullier: ma può darsi non esser stata questa l'idea del professore di Rennes. È naturale il credere che con le parole *se la moglie rinunziasse* abbia in-

teso Toullier, non se *essa rinunziasse alla comunione*, ma se *rinunziasse a prender come propria la porzione acquistata dal marito*. Compresa in tal modo la frase di Toullier, sarebbe esatissima, poiché ne porgerrebbe l'esercizio del dritto della moglie e darebbe alla porzione acquistata dal marito, l'indole di acquisto in forza di quella scelta.

il nostro articolo conferisce alla moglie, possa esercitarsi dai suoi creditori in mancanza di lei, secondo l'articolo 1466 (1419) o debba considerarsi come esclusivamente legata alla persona della moglie. La giurisprudenza adotta questa ultima idea, ma il più degli scrittori, e a buon dritto secondo noi, la rigettano (1). Se il privilegio di cui trattasi fosse soltanto nel dritto di far propria una cosa, che secondo i principi sarebbe acquisto, comprenderemmo il sistema della giurisprudenza: direbbesi esser meno una questione di denaro, che una questione di affetto personale, e che solo la moglie o i suoi eredi possono invocare tal beneficio. Ben è altrimenti. Il privilegio consiste sì a rendere acquisto un bene che dovrebbe esser proprio e sì a render proprio quello che dovrebbe esser acquisto. Non è dunque stabilito per la morale soddisfazione della moglie, bensì per proteggere i suoi interessi pecuniari, e affin di garantirla del danno pecuniario che potrebbe cagionarle l'amministrazione del marito. Or poichè il privilegio consiste nel dritto di scegliere tra i due beni quel che più vale, e che costituire in tal modo una mera questione pecuniaria, può dunque esercitarsi dai creditori.

VII. Abbiamo parlato delle sette cause indicate dalla legge, le quali possono dare ai coniugi immobili propri: 1°. La proprietà o possesso anteriore al matrimonio; 2°. La successione; 3°. La donazione personalmente fatta ad un coniuge; 4°. La cessione di ascendente di cui parla l'articolo 1406 (T); 5°. La permuta di una cosa propria; 6°. Il reintegro di questa; e 7°. L'acquisto di tutto, o d'una parte dell'immobile indiviso, di cui un coniuge sia comproprietario. Ma ve ne ha degli altri in cui l'oggetto acquistato diventa parte integrante integrante ed inseparabile del bene proprio del coniuge, da partecipare alla sua natura per la forza stessa delle cose, e tro-

vati propria come e insieme con esso, non essendo a ciò necessaria una speciale disposizione della legge.

Parliamo noi dei casi di accessione. Sia che la comunione paghi maggiore o minor denaro per fabbriche o piantaggioni sul terreno di un coniuge; o perchè si moltiplichino di colombi, di conigli, o di pesci, il colombaio, la conigliera o lo stagno di lui, avrà la comunione soltanto dritto a compenso, e non potrà pretendersi proprietario di tali cose diventate proprie del coniuge con l'immobile di cui sono l'accessorio legalmente inseparabile. E la nostra idea non si applicherebbe solo ai casi indicati dal Codice nel trattare dell'Accessione alle cose immobiliari (articolo 552-564 (477-489)), ma anche a quelli di cui, non parlandone la legge, l'oggetto acquistato è così dipendente dal proprio che non può esistere che con lui e per lui. In tal modo si acquisti la comunione del muro che divide il fondo del coniuge, o un dritto di passaggio di veduta, o altra per il fondo sul fondo vicino; tali acquisti, benchè pagati dalla comunione, sono casi di accessione, e di forzate appropriazioni, poichè la comunione del muro o qualunque altra servitù attiva può solo esistere per l'immobile ed appartenere al proprietario di esso.

Dicono che sarebbe pur così di un tratto di terra che un coniuge unirebbe al proprio terreno, formando del tutto un solo recinto; tranne l'argomento dall'art. 1019 (973), il quale dichiara che farà parte del legato la porzione di terreno con cui il testatore avesse ampliato il circuito del recinto già legato.

Non è esatta tal dottrina, nè la analogia invocata esiste.

Essendo il testatore padrone di legare quel che vuole, la questione è d'intenzione, e la disposizione abbraccia tutto quello che l'autore ha inteso racchiudervi. Al contrario i coniugi non son padroni

(1) Per la personalità del dritto. Cass., 14 luglio 1834; Riom, 11 febb. 1836. Rig., 8 marzo 1837. (Dev., 34, 1, 533; 36, 2, 186; 37, 1, 331); ed anche Glodaux (n. 129); Odier (I-143) e Troplong (I-679),

In senso contrario Duranton (XIV-203), Zachariae (II p. 639) Dalloz (1834, I, 282.) Paolo Pont e Ho-dièr (I 494) Duvergier (sopra Toullier, n. 169).

di crearsi beni propri a piacer loro, e la intenzione avuta, manifestata dalle circostanze, di rendere tal cosa propria a tal coniuge, è del tutto inefficace, se non trovasi o in una delle ipotesi previste dalla legge, per cui si acquistano beni propri, o che sieno casi d'accessione, o in un caso in cui la separazione dell'oggetto unito al proprio sarebbe impossibile, in modo che l'accessione e poi l'appropriazione si effettuerebbero forzatamente, non ostante il silenzio della legge. Or la specie di cui ci occupiamo, da una parte non è prevista da alcun testo, e si può dall'altra dividere dal rimanente del ricinto la parte aggiuntavi (1).

È pur così nel caso in cui un terzo, che gode un dritto d'usufrutto sopra l'immobile d'un coniuge, lo vende alla comunione; allora pure l'acquisto apparterrà alla comunione, nè si potrà ritenere in proprio.

In vero questo punto è molto più delicato del primo, e noi, è già gran tempo, pensammo doversi risolvere altrimenti. Ecco le principali idee esposte da noi sul proposito in una memoria scritta in sostegno di un ricorso (2): « La qualità di proprio, per l'usufrutto acquistato in simil caso, risolta sì dalla natura stessa delle cose e dal pensiero intimo della legge, che dalla dottrina degli antichi scrittori. L'usufrutto che esiste sopra un immobile del coniuge è un peso che lo rende senza alcun valore e come inesistente per la comunione (poichè questa propriamente ha il solo usufrutto sugli immobili propri); or non è egli semplicissimo e conforme in tutto alla verità delle cose, che i coniugi, i quali comprano questo usufrutto coi danari della comunione, si stimino avere sgravato lo immobile del peso che lo rendeva inutile alla comunione, e ristabilitone nella famiglia la piena e libera proprietà, anzichè tolto semplicemente la servitù dell'usufrutto per farla durar sempre?... »

Dicesi che sarà così in quanto che i coniugi abbian voluto estinguere l'usufrutto, farlo cessare, non già quando abbian voluto acquistarlo e farlo passare dal terzo venditore alla comunione, distinguendolo sempre dalla proprietà. Ma non per il valore dei coniugi, ma per legge che i beni sono propri, o acquistati per la comunione; onde bisogna semplicemente indagare qual sia la volontà della legge, e il suo intimo pensiero. Or l'idea che la natura stessa delle circostanze hasterebbe a manifestare non surge chiaramente ed *a fortiori* dall'articolo 1408 (T)? Allorchè una indivisa porzione dell'immobile, di cui il coniuge possiede un'altra parte, è comprata, anche con la formale dichiarazione, di essere della comunione, la porzione, non ostante la volontà dei coniugi, non sarà di quella beusi del coniuge comproprietario. Imperocchè la legge suppone e presta, ove occorra, o impone ai coniugi, idee di sana amministrazione, supponendo nel loro acquisto la idea (che forse han male espressa, ma che doveano avere, e se ne ebbero una diversa glie la impone) di uscire dalla indivisione; poichè se una porzione dell'immobile ha fatto acquistar l'altra, è logico che la seconda si mesca alla prima. E l'usufrutto, supponendo che di esso si tratti, si è acquistato anche perchè si avea la nuda proprietà; e non è qui ancor più naturale, più conforme alle regole di sana amministrazione l'imporre ai coniugi l'idea di sgravare l'immobile? Più diciam noi; poichè da una parte con una divisione le due indivise porzioni diverrebbero due immobili indipendenti, che possano starsi per sempre separati, nel mentre che l'oggetto acquistato è smembramento ed accessorio dell'altra, benchè verrà giorno che si riunirà al primo; d'altro lato la comunione non ha ragione di voler la separazione dei due oggetti, dappoichè non ostante che lo usufrutto si attribuisca in proprio al coniuge, la comunione ne avrà sempre il go-

(1) Sic Paolo Pont e Rodière (loca. 1, n. 437). Vedi pure Toullier (tom. V. p. 34).

(2) Questa memoria è quasi intiera riprodotta MARCADÉ, vol. III, p. 1.

nella Raccolta generale delle leggi e decisioni, di Devilleneuve e Carette, tom. del 1845, 1ª parte, p. 721-725.

dimento come se acquistato. Come il sistema d'attrazione, di riunione di due oggetti consacrato dalla legge nel primo caso, non potrà applicarsi nel secondo, in cui la natura delle cose lo richiedono altamente? E quando vedonsi i nostri antichi scrittori, con a capo Dumoulin (1), stabilire tal dottrina come incontrastabile, non è d'uopo riconoscere che il legislatore non l'ha espressa, perchè creduta naturale? »

Sono assai gravi tali considerazioni, e con profonda convinzione le sviluppiamo innanzi la Corte suprema nel 1815: pure oggi ci fan quasi esitare; nel mentre pubblicavamo la terza nostra edizione, esse avevano il consentimento di Troplong (1-505 II, 1176); e gli avversi a tal dottrina non han data soddisfacente risposta. Pure dopo un nuovo e maturo esame pensiamo che il contrario parere debba esser preferito; Infatti il dichiarar proprio un immobile acquistato durante il matrimonio è al postutto una eccezione al principio generale dello art. 1401-3° (T): come tale può essere ammessa per effetto di una formale disposizione, o d'una causa che seco forzosamente la tragga. Or da una parte l'attribuzione della qualità di proprio all'usufrutto comprato durante il matrimonio, non è indicato da alcuno articolo della legge, e su ciò non ha detto il Codice in nessun luogo quel che dice nell'articolo 1408 (T) per l'indivisione; d'altra parte non vi è in questo un caso d'appropriazione forzata (come l'acquisto di una servitù o di una comunione di muro), l'usufrutto e la nuda proprietà potendo esistere separatamente l'una dall'altra. Sembra in sulle prime che l'eccezione per l'indivisione dovrebbe essere anche per l'usufrutto. Pure i motivi non sono gli stessi, e facilmente il legislatore avrà giudicato vano di aggiungere la seconda eccezione alla prima, per la ragione che non ostante l'attribuzione dell'usufrutto alla comunione, il coniuge nudo proprietario è sempre certo di recuperare il suo usufrutto colla morte del venditore

usufruttuario, e che restando alla comunione l'acquisto, ei non impedirebbe nè ritarderebbe d'un istante l'affrancamento del suo fondo, mentre essendo l'immobile indiviso, l'acquistata porzione non potrebbe attribuirsi alla comunione senza che la perda il coniuge proprietario dell'altra. Quando anche non si vedesse il perchè il legislatore non abbia stabilito questa seconda eccezione, il non esser nella legge opponesi alla sua applicazione; e come non potrebbe dichiararsi propria la porzione indivisa acquistata per la comunione, se l'art. 1407 (T) non fosse, così non può darsi tal qualità all'usufrutto in tal modo acquistato, senza che un testo lo permetta, e quando non vi è appropriazione forzata. E tanto meno si può fare prendendo il silenzio del legislatore come il risultato di un'idea evidente e incontrastabile: quanto una tale idea era altre volte contrastata: la dottrina di Ferrières (sopra Parigi, art. 229 (217), § 4, n. 58) era contraria a quella di Pothier.

Se bisogna adunque lasciare l'ordinario suo effetto all'atto in cui i coniugi, dichiarano di estinguere l'usufrutto che grava la cosa propria dell'uno di essi (in modo che vi sarebbe allora affrancamento immediato dell'immobile), sarà parimente necessario lasciare all'atto, in cui l'usufrutto è comprato dalla comunione, l'effetto che produrrebbe, se la compra fosse fatta da un terzo; così l'usufrutto, continuando a formare un immobile incorporale distinto dalla proprietà, apparterrà alla comunione come a qualunque altro compratore e formerà un acquisto. Così l'ha giudicato la camera civile della Corte di cassazione (2).

Se l'atto era steso in modo da lasciar dubbio se i coniugi abbiano creduto estinguere l'usufrutto o continuarlo per la comunione, cioè ricomprarlo o comprarlo, sarebbe un punto di fatto, una questione d'interpretazione che i magistrati deciderebbero secondo le circostanze.

(1) Dumoulin (art. 119) 125 (dell'autica Consuetudine di Parigi); Lebrun (lib. III, cap. 2, sez. 1, Pothier (della Com., n. 639).

(2) Big. sopra una decisione conforme di Rouen

16 luglio 1815 (Dev., 45, 1, 721); Proudhon (Usufr., n. 2681); Bugnet (sopra Pothier, loc. cit.); Rodière e Paolo Poul (1-112).

De' beni propri mobiliari.

VIII.—Si è visto (art. 1406 (T), n. 1) che ad onta i testi del Codice non parlino quasi mai dei beni propri mobiliari, pure ne esistono (1), e che intorno ad essi il Codice è troppo laconico, perchè spesso si hanno sotto tale rapporto non mobili che continuano ad appartenere tuttavia al coniuge per esser poi ripresi da lui in natura quando vien sciolta la comunione, ma solo crediti del coniuge sulla comunione per valore di essi mobili. Intanto vi sono anche dei beni mobili che son propri del tutto; bisogna dunque distinguere due specie di beni propri: i *propri perfetti* che rimangono proprietà del coniuge da essere ritolti in natura come i propri immobili; e i *beni propri imperfetti* che entrano nella comunione lasciando al coniuge un credito uguale al valore dell'oggetto.

Ma quali mobili costituiscono i beni propri perfetti, e quali gl'imperfetti? Intorno a ciò non si è d'accordo. Taluni scrittori dicono non esistere mobili rigorosamente propri, e che tutti i beni mobili esclusi dalla comunione, non possono esserlo che imperfettamente, cioè appartenendo sempre alla comunione, salvo il credito del coniuge per il loro valore (2). Altri invece riconoscono come beni propri perfetti tutti i mobili esclusi dalla comunione, eccettuandone quelli che si consumano col primo uso (3).

E finalmente il maggior numero estendono alquanto tale eccezione e restringono la classe dei beni propri mobili perfetti togliendone quelli rilasciati sulla stima (4).

Niun sistema dei tre sembraci esatto; e se l'ultimo si avvicina al vero, pure non lo attinge.

Checchè dicano Pothier, Delvincourt e Merlin, esistono certo beni mobili rigorosamente propri. Nessuno a mo' di esempio negherebbe

che sia tale una collezione di ritratti di famiglia, legati da un tale alla sua parente maritata in comunione, a condizione che non entrerebbero in questa, o che la moglie a cui appartenevano pria del matrimonio avesse *realizzato*, cioè stipulati propri col suo contratto: la condizione del testatore o la stipulazione della moglie ha per fine di dare in proprio a costei i quadri e non il valore di essi: vi son dunque mobili rigorosamente propri, ed il primo dei tre sistemi suddetti non è da accettarsi; pure ve ne son meno di quanto ne suppongono le due altre dottrine, e oltre le cose che consumansi col primo uso, bisogna porre nei beni propri semplicemente imperfetti non solo i rilasciati sulla stima, ma più generalmente tutti quelli rilasciati con circostanze indicanti, che si è voluto lasciarne la proprietà alla comunione, salvo a ricompensare il coniuge. Quanto al conoscere da quali circostanze risulterà la volontà di cui trattasi, è questa una quistione d'intenzione da decidersi in fatto per ogni specie.

VIII bis.— I beni propri mobili perfetti o imperfetti possono prevenire da tre principali sorgenti che sono: 1° I prodotti non frutti degl'immobili propri; 2° le cose mobiliari sostituite per qualunque causa ad un bene proprio mobile o immobile; 3° i beni mobili donati ad un coniuge a condizione di restar propri al donatario.

1. Si è visto nell'art. 1401, n. VI (T) che la comunione ha solo dritto a quei prodotti degli immobili propri costituenti frutti, e che gli altri prodotti di tali immobili son propri al coniuge in modo che la comunione li prende diventando debitrice del loro valore.

2. Allorquando il bene proprio, mobile o immobile, d'un coniuge è venduto, il prezzo ne divien proprio in sua vece ed entra

(1) L'art. 1393-2° (1440) parla d'immobili e di danaro proprio della moglie.

(2) Pothier (n. 325) Delvincourt (l. III). Merlin (Rep., alla parola *Realizzati*, 55, 1, n. 4).

(3) Toullier (XIII-326).

(4) Duranton (XIV, 318), Zachariae (III, p. 516, 517), Odier (II-728) Paolo Pont e Rodière (II, numeri 50-53).

nella cassa comune, dando al coniuge un credito di ugual somma sulla comunione.

Lo stesso è ove si permitti un bene proprio con un immobile di prezzo inferiore al proprio, del soprappiù pagato dal compermutante. Ma sarebbe pur il medesimo del di più pagato al coniuge che nella divisione d'un'eredità meramente immobiliare ne prende una porzione inferiore a quella del suo coerede? Par che Bourjon risponda del no, e creda che tal'eccezione appartenga alla comunione (1); ma tutti gli scrittori, e più Pothier (2), respingono a ragione tal dottrina, poichè ritenendosi la successione per immobiliare del tutto, il di più deve togliersi non dalla successione, come ben lo diceva Pothier, ma dal particolar denaro del coerede; in modo che il sopravanzo diventa pel coniuge il pagamento del dritto ch'egli avea su d'un bene immobile, proprio, e gli è quindi tale. Sarebbe ben altrimenti se nella successione contenendosi immobili e mobili, la divisione desse al coniuge mobili in parte od anche per tutta la sua parte; perchè si stimerebbe allora aver succeduto a tai mobili *ab initio*, avervi avuto sempre dritto, e così appartenerebbero alla comunione. Qui invece il valore mobiliare si sostituisce al dritto immobiliare in pria esistito, e che poi diventa proprio.

Lo stesso è, fattasi una vendita a vil prezzo dal coniuge che fa poi dichiarare la rescissione (art. 1674 (1520)), del supplemento del prezzo che paga il compratore, siccome gliel permette l'art. 1681 (1527), onde schivare l'evizione. Infatti l'azione tende alla rescissione della vendita, la restituzione dell'immobile è l'oggetto nico del dritto del coniuge, ed il pagare il supplemento è per lo acquirente in *facultate solutionis*. L'azione ed il credito del coniuge son dunque immobiliari, ed il danaro dato dall'acquirente derivando dalla sostituzione dello oggetto immobile

dovuto, resta proprio al coniuge. È ciò riconosciuto dagli antichi e moderni scrittori (3). Sarebbe lo stesso in tutti i crediti facoltativi il cui oggetto è immobile, e che per la facoltà lasciata al debitore sarebbero pagati con valori mobili; ma saria altrimenti se il credito fosse alternativo cioè presentasse due oggetti; in tal caso se mobile l'uno dei due, e fosse rilasciato, appartenderebbe alla comunione.

3. Una terza ed ultima sorgente di mobili propri, è la donazione fra vivi o per testamento fatta da un coniuge colla condizione espressa di dover esser propri i mobili donati (art. 1401-1° (T)). Non è dubbio che tal condizione debba essere espressa poichè così vuole il testo della legge: i mobili donati saranno comuni, essa dice, *se il donante non ha detto il contrario*; è vana quindi la contraddizione che scorgono Rodière e Paolo Pont (1-416) i quali non commettono un errore di dritto, ma usano un linguaggio inesatto. Essi dicono non potersi richiedere una *manifestazione espressa*, bastando la *dichiarazione* che i beni si danno al coniuge *coll'obbligo* di essergli propri. Ma la dichiarazione che i beni si danno al coniuge coll'obbligo di essergli propri, vale appunto l'espressione la condizione di cui è discorso; quando essi dicono non potersi richiedere una *manifestazione espressa* intendono certamente *alla espressione in termini sacramentali*. La legge non impone alcuna formula per esprimere l'idea; ma questa dev'essere espressa, essendo inefficace una tacita volontà che non uscirebbe dai termini dell'atto, ma dalle circostanze di fatto.

Per altro per la validità di tal condizione, la donazione non dovrebbe esser fatta all'eredità del legittimario del donante, nè i mobili donati far parte della riserva, perchè allora il coniuge del donatario potrebbe fare annullare la condizione e render co-

(1) Dritto com. della Francia, tit. 40. 2° parte, cap. 3.

(2) Renusson (1° parte, cap. 31. Lebrun (t. 1, capitolo 5, sez. 1); Pothier (n. 100).

(3) Duaroutin (sopra Parigi, § 33, gl. 3, 41. Po-

thier (V. n. 349; Comm., n. 598) Toullier (XII, 186) Duranton (XIV, 115) Rodière e Paolo Pont (1-433) l'edi Nancy (20 agosto 27) Besauzone, 20 marzo 80 (Dev., 28, 2, 37; 50, 2, 445).

muni i beni. Mal si avvisano parecchi scrittori i quali pensano (1) che essendo stabilita per l'erede la riserva, il coniuge donatario potrebbe solo domandare in tal caso la riduzione, anzi non lo farebbe tornando a suo prò l'adempiere la condizione. Idea incorsa; il dritto di riduzione non è esclusivamente attaccato alla persona dell'erede, ma è un dritto meramente pecuniario che forma col resto del patrimonio la garanzia dei creditori dell'erede; e l'art. 921 (838) in cui si applicano i principi degli articoli 2092, 2097 e 1176 (1962, 1967 e 1129) dichiara che non solo l'erede riserbatario ma anche i suoi aventi-causa potrebbero domandare la riduzione. Il consorte del coniuge donatario è avente-causa di costui in forza delle convenzioni matri-

moniali. Sotto l'art. 387 (301), num. II, confutammo con maggiore ampiezza la contraria dottrina, fermando che l'autore usufruttuario legale dei beni del figlio, può fare annullare la condizione di non dover lui godere dei beni donati al figlio se fan parte della legittima di lui. — Si suppone che il donatario accetti la successione del donante poichè rinunziandovi non sarebbe più erede e quindi non avrebbe più dritto a riserva; cotralchè egli, non che i suoi aventi-causa o non prenderebbero nulla, o tal qual'essa è la liberalità. Ma si aggiunga che il coniuge del donatario il quale rinunzia, potrebbe fare annullare la rinunzia in forza dell'art. 788 (705)-ove provi essere stata fatta in danno dei dritti della comunione.

§ 2. — *Del passivo della comunione, e delle azioni che ne derivano contro di essa.*

SOMMARIO

I. Parallelo tra il passivo e l'attivo della comunione. Il passivo s'intende in modo più o meno largo; secondochè vien considerato assolutamente o relativamente ai

creditori.

II. Vari significati delle parole debiti della comunione e debiti personali. Divisione della materia.

I. — Nel comporre il passivo della comunione, il sistema è uguale all'usato nell'attivo. Siccome la comunione prende tutti i beni mobiliari che i coniugi posseggono nel dì del matrimonio, ma non già i loro immobili, così toglie sopra di se tutti i debiti mobiliari che esistono a quel tempo, tranne quelli relativi agl'immobili (art. 1409-1° (T)); — durante il matrimonio ella che continua a raccogliere i beni mobili pervenuti ai coniugi per successione o donazione, paga anche i debiti delle successioni o donazioni secondo il loro valore mobiliare (art. 1411, 1418 (TT)); siccome ella assorbe nella sua durata tutto il prodotto del lavoro dei coniugi, non che le loro rendite, ella deve pagare le spese fatte per mantenere i coniugi e i figli, per educar questi, per tutti

i bisogni di casa, e tutti gli altri debiti contratti durante il matrimonio per affari della comunione (art. 1409-5°, 2° (T)); — da ultimo la comunione che ha l'usufrutto di tutti i beni propri deve sostenerne i pesi; e siccome per il dritto di usufrutto tutte le rendite di ogni coniuge fan parte del fondo comune, così vanno a carico di questo gl'interessi o rendite passive di debiti di cui deve il coniuge pagare il capitale (art. 1409-3°, 4° (T)).

Questi carichi sono i soli che costituiscono in vero il passivo della comunione. Ma siccome questa, salvo il compenso ai coniugi, prende i beni mobiliari propri di questi, così è anche obbligata pagare, salvo a compensarcela ogni coniuge, i debiti mobiliari del coniuge relativi ai suoi immobili e che devon perciò restare a suo

(1) Toullier (XII-114) Duranton (XIV-135), Bugnet (sopra Pothier, I.VII, p.125). Zachariae (III, p. 416).

peso (art. 1409-1° (T)). E quando durante il matrimonio si sono contratti debiti non dal marito, capo della comunione, ma dalla moglie col consenso di quello, o pure dal marito pel suo particolare interesse, tai debiti benchè restino a peso del coniuge che li ha contratto, pure saran pagati dalla comunione, ed il coniuge dovrà riconservarsela (art. 1409-2° e 1419 (TT)). Col nome di passivo della comunione son compresi dalla legge i debiti di tal seconda specie ed i precedenti siccome vedesi nell'art. 1409 (T); ma ben differiscono tra loro queste due sorta di debiti, sono gli uni a peso della comunione, ma ne anticipa il pagamento per gli altri.

II.—E se la comunione paga, salvo compenso, debiti personali al coniuge, anche costui, salvo a compensarselo la comunione, potrà pagar debiti di questa; nel parlare di debiti personali di un coniuge, e di debiti della comunione è da distinguere se il senso dell'espressione riguarda il dritto di agire dei creditori ovvero il fondo stesso del dritto, e chi debba sostenere il debito. Pel creditore un debito è comune o personale, o comune e personale in un tempo, secondo che il pagamento può esserne fatto

o solo sui beni comuni o su quelli propri di un coniuge, o in uno su di entrambi; ma tra coniugi il debito che non potrebbe essere personale e comune nel tempo stesso, è comune o personale secondo che resti a peso definitivamente della comunione o del coniuge su quei beni che d'oltronde il creditore ha il dritto di perseguire.

Spieghiamo ora i dodici articoli del nostro paragrafo, seguendo per quanto si può il testo della legge. I varj oggetti da studiare son tutti indicati sommariamente dall'art. 1409 (T); ma siccome il resto del paragrafo sviluppa più o meno lungamente molti di tali oggetti, nel mentre si tace degli altri, spiegheremo noi in questo articolo 1409 (T) i punti di cui non parlano i seguenti articoli. Ci occuperemo adunque successivamente: 1° dei debiti che hanno i coniugi al tempo del matrimonio (1409, 1410 (TT)); 2° degl'interessi e dei debiti personali, delle riparazioni che gravano sull'usufrutto e dei vari pesi del matrimonio (ib.); 3° dei debiti che gravano sulle successioni e donazioni pervenute ai coniugi dopo il matrimonio (1411-1418 (TT)); 4° in ultimo i debiti contratti durante il matrimonio (1419-1420 (TT)).

1409 (T). — La comunione si compone passivamente:

1° Di tutti i debiti mobiliari da cui gli sposi si trovavano gravati prima della celebrazione del loro matrimonio, o da cui si trovassero gravate le credità ad essi pervenute durante il matrimonio; salva la compensazione per quelli relativi agli immobili propri dell'uno o dell'altro dei coniugi;

2° Dei debiti, tanto in capitali, quanto in annualità ed interessi, contratti dal marito durante la comunione, o dalla moglie con il consenso del marito; salva la compensazione, ove abbia luogo;

3° Delle annualità ed interessi soltanto delle rendite passive, o dei debiti che sono particolari a ciascuno dei coniugi;

4° Delle riparazioni ordinarie degli immobili che non cadono in comunione;

5° Degli alimenti dei coniugi, dell'educazione e mantenimento dei figli e di tutti

gli altri pesi del matrimonio.

1410 (T). — La comunione non è tenuta per i debiti mobiliari contratti dalla moglie prima del matrimonio, se non quando risultino da un atto autentico anteriore al medesimo, o che prima della stessa epoca abbiano acquistato una data certa, o col registro, o per la morte di una o più persone sottoscritte a tale atto.

Il creditore della moglie in virtù d'un atto che non abbia una data certa anteriore al matrimonio, non può agire contro la medesima per il pagamento che sulla nuda proprietà dei suoi immobili particolari.

Il marito che pretendesse d'aver pagato per sua moglie un debito di tale natura, non può domandarne il rimborso alla moglie nè a' di lei credi.

SOMMARIO

I. Divisione della materia in quattro parti.

II. 1. Debiti anteriori al matrimonio. — La comunione è nell'obbligo di pagare tutti i debiti mobiliari, cioè quelli il cui oggetto è un bene mobile.

III. Pure lo legge eccettua quelli controtti dalla moglie, che non vengono comprovati da un atto che porti una data certa anteriore al matrimonio. Da questa eccezione però si escludono quei che secondo i principi generali, non han bisogno di prova per iscritto, e quei che portano una data certa posteriore al contratto, ma anteriore alla celebrazione: *Erreur di Delvincourt e di Baitur.* — Nel caso di eccezione, i credi-

tori possono agire sulla nuda proprietà dei beni della moglie. — Il marito pagando senza riserva un debito eccettuato dalla regola confessa con ciò di esser vero, nè ha diritto a regresso perchè manchi la data certa. Secus se il marito abbia pagato riservandosi il diritto della comunione.

IV. Il pagamento dei debiti mobiliari fatto dalla comunione costituisce un'anticipazione e dà luogo o compenso se il debito si riferisce all'immobile di un coniuge. Che si intende per ciò?

V. 2. Interessi dei debiti personali; obbligazioni dell'usufrutto; pesi del matrimonio. Soluzioni sopra questi tre oggetti.

I. — Dall'art. 1409 (T) ci sono indicate cinque sorta di pesi imposti alla comunione. Riuniremo le tre ultime; divideremo la prima in due parti, ed avremo in tal

modo le quattro specie da noi già annunziate, spiegandone ora le due, poscia le due altre.

1. Debiti anteriori al matrimonio.

II. — Tutti i debiti mobiliari dei coniugi nel dì della celebrazione del matrimonio, sono il primo elemento del passivo della comunione inteso *lato sensu*, che abbraccia coi debiti che sono propriamente a peso della comunione, quelli che essa è soltanto obbligata di pagare per i coniugi, poichè secondo il testo, i coniugi dovranno compensare una parte di tali debiti. Per costesti debiti dobbiamo esaminare in pria quali sieno quelli che la comunione è obbligata pagare; poi quali di quest'ultimi sieno quelli che debbono sostenersi definitivamente dalla comunione, in altri termini quali dei debiti anteriori al matrimonio sieno comuni per rispetto ai ereditori, restando personali per rispetto ai coniugi, quali altri sieno assolutamente comuni.

Dalla natura dell'oggetto mobiliare o immobiliare si determina chi debba pagare il debito: se è un mobile, secondo le regole spiegate nel titolo della *Distinzione dei beni*, il debito è mobiliare, e dev'essere pagato dalla comunione; se è immobile il debito sarà pagato dal coniuge.

In altri tempi, quando le rendite erano

per lo più immobili, o la vendita non trasferiva immediatamente la proprietà della cosa venduta, ma ne rendeva solo debitore colui che la vendeva, eranvi più debiti immobiliari che non oggi; pure possono esservene tuttavia. Così l'obbligazione d'un coniuge (sia per una convenzione, o per effetto di un legato) di dare una servitù sopra il suo immobile, quella di restituir l'immobile vendutogli con lesione di più di sette dodicesimi; quella impostagli da un testamento di trasferire ad un terzo indicato quello immobile ereditario che vorrà scegliere; sono debiti immobiliari, poichè l'oggetto dovuto è un immobile, e il coniuge debitore può solo essere astretto al pagamento. Viceversa, se l'oggetto dovuto è mobiliare, come per lo più avviene, il debito sarà della comunione non assolutamente, ma in quanto il ereditore la possa stringere. Se dunque il coniuge acquirente d'un immobile venduto a vil prezzo, avea stabilito col venditore, pria del matrimonio, di pagare un determinato supplemento di prezzo, essendo il debito al tempo del matrimonio sem-

plicemente pecuniario, è tenuta la comunione a pagarlo.

Il debito alternativo d'un mobile o d'un immobile sarà comune a personale, secondo che si rilascerà il mobile o l'immobile. Il debito facoltativo invece sarà sempre mobiliare, e imposto alla comunione se il suo oggetto (il quale è unico) sarà mobile, benchè si rilasci un immobile riservato in *facultate solutionis*; è sempre immobiliare viceversa, e dev'essere pagato dal coniuge se il suo oggetto è immobile, quand'anche il coniuge dichiarasse volere esercitare la facoltà di liberarsene con una data somma. Se un debito fusse in uno mobiliare e immobiliare, a mò di esempio se il coniuge era stato condannato a restituire un immobile, ed a pagare una tal somma pri frutti da lui ricavati dall'immobile, il debito sarebbe personale da un lato e comune pel resto.

Notiamo fin d'ora ma vi torneremo poi, che ogni debito della comunione è pure in generale, tranne qualche eccezione, debito del marito per rispetto ai creditori, e che questi avendo dritto sui beni della comunione lo hanno anche su quelli del marito che n'è capo.

III. — Stabilito nell'art. 1409-4° (T) che tutti i debiti mobiliari esistenti al tempo del matrimonio debbano esser pagati dalla comunione, la legge nell'art. 1410 (T) restringe cotesto principio per certi debiti della moglie. Siccome questa durante il matrimonio non può impegnare la comunione senza il consenso del marito, e secondo il cennato principio avrebbe avuto il mezzo di riuscirvi fraudolentemente col soscrivere obbligazioni con data antecedente, il Codice dichiara inefficace quanto alla comunione tutti i debiti della moglie non dichiarati da un atto, che abbia data certa anteriore al matrimonio.

Non altro si vuole se non che il debito sia dichiarato da un atto che abbia una data certa anteriore al matrimonio. qualunque sia la causa che renda legalmente certa data; l'articolo parla del registro dell'atto, e della morte d'uno di quelli che lo sottoscrissero, ma non è dubbio doversi

aggiungere alle due cause quella che è terza dell'art. 1328 (1282), cioè il riferirsi il contenuto della scrittura in un atto autentico anteriore al matrimonio.

Ben vedesi che tal condizione non si applica ad ogni specie di debiti, e non potrebbe essere richiesta per quelli per cui il creditore non abbia potuto procurarsi una prova scritta, perchè nati non da una convenzione, ma da un quasi-contratto, da un delitto, da un quasi-delitto o dalla legge: da un lato non si può chiedere l'impossibile al creditore; dall'altro il previsto pericolo più non esiste, poichè risultando allora l'obbligazione non dalla volontà della moglie e da atti da lei sottoscritti, ma da certi fatti o da materiali circostanze, non può trattarsi di data antecedente. Ma bisogna come Zachariae (III, p. 431, nota 14), e Rodière e l'uolo Pont (I-329), spingerci oltre e dichiarare indipendenti dalla regola i debiti che risultano da una convenzione minori di 150 fr., perchè l'articolo 1346 (1300) richiede una prova per iscritto per le convenzioni lo interesse delle quali sia maggiore di quella cifra? Rispondendo del no può dirsi che il principio dell'art. 1344 (1295) non può governare la regola particolare del nostro art. 1410 (T); che il pericolo combattuto dalla legge esiste per le obbligazioni minori di 150 fr. (quali potrebbero moltiplicarsi dalla moglie e riunite ammontare ad una somma maggiore) non che per le altre; che d'altra mano non è stato il creditore nell'impossibilità di procurarsi il genere di prova richiesto dalla legge, e che egli ha dovuto prevedere le conseguenze legali del matrimonio che poteva contrarre la giovane o la vedova che accettava per debitrice; *nemo jns ignorare censetur*. Pure crediam noi doversi rispondere del sì. Non può ammettersi che il legislatore abbia voluto che colui il quale contrae con una giovane o una vedova sia costretto di fare un atto registrato anche per le inezie di 15 a 20 franchi; e poichè al di sotto di 150 fr. la legge non si cura più di queste tenute frodi e vuol che positivamente la frode si previ; poichè fino a tal somma crede ella (salvo a provare

il contrario) alla piena sincerità delle dichiarazioni (pel doppio motivo di non potersi estendere a tutte le convenzioni siano pur le più minime, incommode prescrizioni, e di non doversi facilmente sospettare la mala fede ed armarsi contra di lei per circostanze di lieve interesse), è giusto il dire che sino alla somma di 150 franchi la obbligazione convezionale della moglie sarà abbastanza provata non solo da un atto che ha data certa ma anche senza di questo, e che il nostro art. 1410 (T) richiedendo che i debiti risultino da un atto che abbia data certa, intende parlare di quelli che secondo i principj generali devono essere provati da un atto, di quelli cioè provenienti da una convenzione il cui oggetto sorpassa 150 fr. Quel che diciamo per le convenzioni di 150 fr. ed al di sotto deve anche applicarsi al di là di tal somma, a quella per cui esiste un principio di prova per iscritto (1).

In una parola sotto tal riguardo il nostro articolo deve spiegarsi coi principj degli art. 1341, 1348 (1295, 1302), e combinarsi col principj dell'art. 1328 (1282).

La nostra disposizione non dee ampliarsi oltre il suo concetto, molto meno oltre il suo dettato, e bisogna star canti a non ammettere la dottrina di Delvincourt e di Battur (1-290) i quali insegnano che la data certa, quantunque anteriore al matrimonio, non basterebbe se posteriore al contratto. La legge s'attacca, come doveva, non già al contratto, ma al matrimonio; allora ha principio la comunione; allora, secondo lo stato del patrimonio dei coniugi, si determina l'attivo e il passivo della comunione; e per la nostra eccezione si volle appunto evitare che la comunione risentisse le conseguenze degli atti che la donna, divenuta moglie, potrebbe fare con data antecedente. La comunione adunque soddisferà le obbligazioni mobiliari con data certa, che la donna ha sot-

toscritto dal dì che si è fermato il contratto al dì del matrimonio; tranne però che elle non siano state contratte fraudolentemente per modificare, in danno del marito, le convenzioni matrimoniali; nel qual caso dovrà il marito provar la frode.

Inoltre, il creditore della moglie, se non sia certa la data dell'atto, anteriore al matrimonio, non potendo rivolgersi contro la comunione si rivolgerà benissimo contro la moglie. In tal caso la comunione si riputerà come un terzo, e può quindi giusta l'art. 1328 (1282) giovargli della mancanza di data certa: per i contraenti però la data essendo sempre certa, non potrà mai pretendere la moglie che l'atto si reputi fatto durante il matrimonio, cioè quando ella non era capace di contrarre senza autorizzazione, e quindi sia nullo; volendo annullar l'atto, essa dovrà positivamente provare la data antecedente, non che la sottoscrizione fatta durante il matrimonio. Finchè ciò non provi, l'atto, che non ha vaglia per rispetto ai terzi, e quindi per rispetto alla comunione, conserverà tutta la sua forza contro la moglie; sicchè il creditore, come vien detto dal paragrafo secondo dell'art. 1410 (T), potrà solo rivolgersi contro la nuda proprietà dei beni propri della moglie, non già contro le loro rendite, le quali appartengono alla comunione.

Ciò posto, si spiegherà facilmente l'ultimo paragrafo del nostro art. 1410 (T), che ha imbarazzato non pochi interpreti. Se il marito, capo della comunione, benchè non tenuto a pagare, pure soddisfa puramente e semplicemente i debiti di cui è discorso, la legge presume che egli abbia riconosciuto l'esattezza della data, la esistenza reale del debito avanti il matrimonio, e non gli dà più dritto, allo scioglimento della comunione, a chieder compenso, perchè il debito non sia provato anteriore al matrimonio, e non debba quindi esser pagato dalla comunione. È questo il

(1) Deciso pure che anche l'antieriorità dei debiti commerciali contratti dalla moglie può risultare da circostanze e documenti della causa, e specialmente dalla confessione del coniuge. Cass., 6 luglio 1833 (Dev., 51, 1, 33). — Poitiers, 26 feb-

braio 1836 (Dail., 56, 2, 176). — Ma vedi Paolo Pont e Rodière (tom. 1, n. 530); Odier (tom. 1, nn. 151 e 153). — Vedi intanto Troplong (tom. II, n. 773).

sensu della disposizione. Ma se il marito, pagando il debito, abbia dichiarato di non riconoscer punto che il debito fosse stato anteriore, e pagar solo a fin di evitare la espropriazione dei beni della moglie, e di riservarsi tutti i dritti, non gli si potrebbe negare il compenso. Invano dice Troplong (II-783), che il marito, col semplice pagamento di un debito che si pretende posteriore al matrimonio, consente a farne un debito della comunione, e lo riconosce come contratto *procuratorio nomine*. Questa idea, che sorgerebbe naturalmente, ove il marito tacesse, nella nostra ipotesi è manifestamente inesatta, poichè il marito comprova formalmente la personalità del debito, e dichiara nettamente di pagarlo a nome e per conto personale della moglie, riservandosi il dritto di compenso sulla comunione. Diremo adunque, col più degli scrittori, che si dovrà sempre il compenso (1).

Esso sarà purimente dovuto, se il pagamento si faccia puramente e senza osservazione, se il debito per sua stessa natura dia luogo a compenso, secondo la regola che spiegheremo nel numero seguente, sicchè la legge in principio nega il compenso che sorge appunto dalla mancanza di data certa, e dal pagamento indovuto della comunione, salvo le espresse riserve; ma se il compenso sorge dall'essere un debito relativo all'immobile di un coniuge, e si dovrà in conseguenza anche pei delitti con data certa, dovuti dalla comunione, lo si dovrà sempre e in tutti casi.

IV. — La legge, gravata la comunione di tutti i debiti mobiliari dei coniugi al tempo in cui si celebra il matrimonio, li distingue poscia in due classi, e vuole che quelli relativi agli immobili dei coniugi si acquistassero dalla comunione, salvo il rimborso dovuto al coniuge proprietario.

La comunione adunque pagherà quest'ultimi in conto del coniuge, e come semplice anticipazione.

I delitti relativi agli immobili dei coniugi son quelli contratti per la acquisto, la conservazione o il miglioramento di mobili appartenenti al coniuge nel tempo del matrimonio. In tal modo il prezzo non ancora pagato a quel tempo dello immobile comprato da un coniuge, o il soprappiù da lui dovuto per una permuta, saranno pagati dalla comunione, salvo il compenso, poichè servono allo acquisto di un bene proprio; come anche facendosi uno acquisto a vil prezzo, il denaro che il coniuge acquirente avrebbe promesso pria del matrimonio di pagare al venditore, onde non soffrire evizione, poichè per esso si conserverebbe la cosa (2).

Si pagherebbe puramente il denaro dovuto dal coniuge per fabbriche, piantagioni o altri lavori fatti nel suo fondo, o per ricompre di servitù dovute dal fondo, trattandosi allora di miglioramento dell'immobile. Ma in tutti i casi fu di bisogno che l'immobile appartenga ancora al coniuge, poichè se più non gli appartenesse, il debito non sarebbe più relativo a un bene proprio di lui.

Il denaro di cui questo sarebbe debitore ipotecariamente e non personalmente, sarebbe pur pagato dalla comunione, salvo il compenso. Così se un coniuge pria del matrimonio abbia conceduto ipoteca sul suo immobile per un debito di un terzo, non obbligandosi personalmente, ovvero abbia acquistato un immobile con ipoteche; in tal caso il debito non solo riguarda lo immobile, ma rigorosamente il debito di questo (dappoichè il coniuge vi è tenuto solo come detentore, in modo che potrebbe liberarsene abbandonandolo). Esso sarà dunque pagato dalla comunione, ma salvo il compenso del coniuge, a cui col pa-

(1) Bellot (I, p. 273); Zachariæ (III, p. 432); Odier (I-157); Rodière e Paolo Pont (I-584).

(2) Si è visto al n. II che se la convenzione di pagare un supplemento di denaro fosse posteriore al matrimonio, il debito del giorno del matrimo-

nio, riguardando non una somma determinata, ma la restituzione dello immobile, ed essendo così immobiliare al tempo in cui ha principio la comunione, non dovrebbe da questa essere anticipato, ma soltanto il coniuge potrebbe esservi astretto.

gamento si è conservato l'immobile. Ma se il debito cui è ipotecato l'immobile del coniuge, fosse a lui personale, la circostanza che un immobile trovasi accessoriamente gravato, non basterebbe perchè questo

dicasi debito relativo all'immobile, e quindi resterebbe a peso della comunione, la quale dovrebbe pagarlo senza compenso (1).

2. Interessi dei debiti propri; obbligazioni dell'usufrutto; pesi diversi del matrimonio.

V. — Avendo discorso dei debiti mobiliari dei coniugi nel di che si celebra il loro matrimonio, è ben naturale si parlasse di quegli altri mobiliari delle successioni o donazioni pervenute ai coniugi durante il matrimonio, di cui si fa parola dall'art. 1409 (T) nello stesso paragrafo. Siccome però il Codice ne tratta negli articoli 1411, 1415 (TT), come negli articoli 1419 e 1426 (T e 1397) riparla dei debiti contratti durante il matrimonio, così noi, per completare la spiegazione del nostro, passeremo tosto a parlar dei pesi che formano l'oggetto del 3°, 4° e 5° del testo, riducendoli in unica classe.

La comunione, secondo il 3° del nostro articolo, dee pagare annualmente gl'interessi dei debiti che restano a carico di un coniuge (sia che debbano anticiparsi da essa, o dal coniuge pagarli), rimanendo solo il capitale a peso di lui. — Già è convenevole giacchè i frutti delle rendite attive dei coniugi vanno pure alla comunione. Fra questi debiti si contano le rendite dovute da un coniuge. Così, se il coniuge si ha formato una rendita del prezzo dell'immobile che ei possedeva maritandosi, il debito di essa che riguarda l'immobile resterebbe proprio del coniuge; e se durante il matrimonio se ne facesse il riscatto, allo scioglimento il coniuge avrà dritto a compenso del capitale pagato per il riscatto; ma fino a che si pagherà la rendita, la comunione senza alcun dritto di compenso, dovrà pagarne le annualità.

Siccome la comunione gode dei beni propri dei coniugi, e ne ha l'usufrutto, dovrà pure sostenerne i pesi tutti specialmente le riparazioni di manutenzione. Parimente, secondo il sano principii dell'ar-

ticolo 605 (530) trattandosi di un immobile della moglie, la comunione dovrà fare le riparazioni straordinarie, se queste abbisognano per non essersi fatte, dopo il matrimonio, le riparazioni di manutenzione, poichè allora la colpa sarebbe del capo della comunione, alla quale spetta, come appresso vedremo (art. 1424 (T)), di pagare senza compenso le obbligazioni che risultano dai quasi-delitti del marito; e se in tale ipotesi non si facciano neppure le straordinarie riparazioni, allora la moglie potrà chieder compenso per il minor valore del suo immobile. Se l'immobile è proprio del marito, la comunione, pagando le riparazioni straordinarie, avrà dritto a compenso, giacchè essa non vi è obbligata, quantunque quelle sieno originate dal non essersi fatte le riparazioni di manutenzione, poichè allora la colpa è del marito, il quale non potrà pretendere mai che la comunione lo ristori di un danno che con la sua negligenza si è procacciato. Per medesimezza di ragione egli, il marito, non potrà chieder compenso per il minor valore del suo immobile, cagionato dal non aver fatto le grosse riparazioni. Ma potrà egli ripetere lo ammontare delle semplici riparazioni di manutenzione, che la comunione doven fare e non fece? Toulhier (XIII-163) e Duranton (XIV-261) rispondono del sì; altri, specialmente Paolo Pont e Rodière (I-643) vogliono il contrario, per la ragione che dal non essersi fatte le riparazioni di manutenzione venner meno le rendite dello immobile, e la comunione perdette da un lato quel che guadagnò dall'altro, non facendo le riparazioni. Io generale dovremmo appigliarci a quest'ultima idea, alla prima però se per

(1) Douai, 6 genn. 1816 (Devilleneuve, 46, 2, 533).

ispeciale circostanza le rendite non si fossero scemate non ostante il manco delle riparazioni.

La comunione, siccome prende le rendite dei coniugi, non che i prodotti del loro travaglio o della loro industria, sostiene pure i pesi della famiglia. Così le spese per gli alimenti e il mantenimento dei coniugi e dei figli, dell'educazione di questi non che degli altri avuti da un precedente matrimonio (1), tranne che que-

st'ultimi non godano di rendite loro proprie, bastevoli ai loro bisogni, la pensione di alimenti che i coniugi devono ai loro genitori e ai loro suoceri, ecc., le spese per l'ultima malattia d'un coniuge, vanno a peso della comunione; ma non così quelle dei funerali di esso coniuge, disciogliendosi la comunione colla sua morte, e non potendo quindi ella essere più obbligata verso i coniugi: tali spese saran pagate dalla successione del coniuge defunto.

3. Debiti delle successioni o donazioni che pervengono ai coniugi durante il matrimonio.

SOMMARIO

I. Questi debiti andranno a carico della comunione, in proporzione del valore mobiliare delle successioni o donazioni, messo in confronto col loro valore immobiliare. Differenza grandissima che passa fra questa regola e l'altra dei debiti che esistono al tempo del matrimonio.

II. Ragione di questa differenza. Errore di Duranton, il quale insegna dovere i debiti delle successioni immobiliari gravare sul coniuge, benchè quelle si acquistino prima del matrimonio.

III. Distinzioni secondo le quali si stabilisce il diritto di agire che hanno i creditori.

I. — L'art. 1409-1° (T) a torto pareggia i debiti dei coniugi al tempo della celebrazione del matrimonio, a quelli delle successioni che loro pervengono dopo il matrimonio; poichè per essi varia la regola.

Perchè i debiti dei coniugi al tempo del matrimonio vadano a peso della comunione ci vogliono due condizioni: 1° che essi sieno mobiliari; 2° che non si riferiscano ai beni propri dei coniugi; la prima di esse basta per poter agire i creditori. Così la comunione dovrà pagare i debiti che aveano i coniugi al giorno del matrimonio, perchè mobiliari; che se quelli inoltre non gravano sui beni propri di essi coniugi, dovrà definitivamente pagarli.

Sarà ben diversa la cosa o per rispetto al passivo propriamente detto della comunione, o per rispetto al semplice dritto di agire dei creditori, pei debiti delle successioni o donazioni pervenute ai coniugi durante il matrimonio, nè qui si dovrà più aver riguardo alle due condizioni di sopra. Non vale se questi debiti si riferiscano a

pur no agli immobili dei coniugi, se sieno mobiliari o immobiliari: la regola è formata, indipendentemente da queste due idee, sì pei coniugi, che pei creditori. Pei primi i debiti (mobiliari o immobiliari, relativi o pur no agli immobili) vanno a peso della comunione in ragion del valore mobiliare delle successioni o donazioni messo in raffronto col loro valore immobiliare, cioè, per l'intero se la successione (o la donazione) è totalmente mobiliare (articolo 1411 e 1418 (TT)), in parte se è mobiliare insieme ed immobiliare (1414 (T)), per nulla se totalmente immobiliare (1413 (T)). Il dritto di agire dei creditori vien regolato, sempre indipendentemente dalle due sopradette circostanze, da varie distinzioni che appresso indicheremo.

Così, mentre i debiti mobiliari di 50,000 fr. che aveva il coniuge, e non riferentisi ai suoi immobili, andranno tutti a peso della comunione, benchè essa non abbia punto o quasi attivo mobiliare, e per l'incontro un attivo immobiliare molto considerevole; il coniuge che, durante il ma-

(1) Caen, 29 marzo 1844 (Devilleneuve, 44, 2, 348).

trrimonio, raccoglie una successione o una donazione con una ngnal somma di debiti, li dovrà egli per intero, se raccoglie immobili, in parte, se raccoglierà mobili ed immobili, in proporzione del valore degli immobili raffrontato con quello dei mobili.

II. — Cotal differenza fra i debiti che esistevano al momento della celebrazione, e quelli delle successioni o donazioni che loro pervengono durante il matrimonio, che a prima vista par così strana, di leggieri ora si comprende. Il voler gravare la comunione di tutti i debiti mobiliari, assolutamente, e senza aver riguardo al valore relativo dei mobili e degli immobili, ha dovuto sembrare un'idea ben naturale, da anteporsi ad ogni altra, poichè la comunione da un canto, prende il danaro e gli altri valori mobiliari, con cui si pagano i debiti; dall'altro, con questo sistema si schivano i calcoli, le sùme, e i raffronti dell'attivo mobiliare coll'immobiliare. Questa idea non offre alcuno inconveniente pei debiti dei coniugi al tempo del matrimonio, poichè, anche quando i debiti mobiliari oltrepassino l'attivo mobiliare, i coniugi son liberissimi di non far sentire alla comunione le conseguenze che per essa ne deriverebbero, o stipulando di rimanere separati di debiti (art. 1510 (T)), o mettendo in comunione una parte degli immobili (art. 1505 (T)). Per lo incontro, contrattosi il matrimonio sotto la comunione legale, e pei legati o successioni che possono dipoi pervenire, un coniuge, applicandosi la medesima regola, correrebbe rischio di vedere, contro le sue previsioni e non ostante la sua volontà, ruinata la comunione, e il suo coniuge ingiustamente arricchito per una causa che graverebbe di considerevoli debiti il fondo sociale cui non appartenerrebbe alcuno attivo, lasciando al coniuge valori enormi che gli pervengono in immobili liberi da ogni debito.

Pertanto era cosa ben semplice che il legislatore avesse applicata la regola ai debiti dal giorno del matrimonio, non già a quelli delle successioni o donazioni; onde ben chiaro si scorge l'errore di Duranton (XIV-234), il quale insegna che i debiti di

una successione immobiliare pervenuta ad un coniuge prima del matrimonio, sono definitivamente a peso di lui. La legge, cogli articoli che stiamo per ispiegare, mette i debiti ereditarli a carico del coniuge erede, quando le eredità pervengono *durante il matrimonio* (art. 1411, 1412 (TT)), perchè per tutti quelli anteriori al matrimonio, da una donazione, o da altra causa, i coniugi potranno fare quella convenzione che loro meglio piacerà, e non potranno quindi dolersi di averli lasciato a peso della comunione.

Tutti i debiti, qualunque ne sia l'origine, formano una massa identica, e tutti, essendovi comunione legale, devono pagarsi dalla comunione perchè di natura mobiliare. Vero si è che havvi compenso per quei relativi agli immobili del coniuge; pure non sono i debiti relativi agli immobili, perchè avuti dal coniuge in uno con gl'immobili e come parte di una stessa eredità. Può ben darsi che in una eredità immobiliare del tutto, e di cui i debiti, secondo i nostri articoli, saranno a peso del coniuge per lo intero, la metà dei debiti, o soltanto il quarto o anche nulla si riferisca agli immobili; ma è anche possibile che in una successione, per metà immobiliare, e per la quale il coniuge dovrà pagare la metà dei debiti, il totale di questi sia relativa agli immobili: ben dunque si vede che non come relativi agl'immobili, sono riserhati qui dalla legge al coniuge i debiti delle successioni o donazioni in ragione del valore immobiliare di queste confrontate col loro valore mobiliare. I debiti adunque mobiliari di una successione immobiliare, avuta pria del matrimonio, non potrebbero perciò darsi a peso del coniuge: per giungere a tal risultato non si può mettere innanzi nè il loro preteso carattere di debiti relativi agl'immobili (non avendo tal qualità per la loro dipendenza da una immobiliare successione) nè il principio che grava il coniuge di tutti i debiti di una successione immobiliare, essendo tal principio posto, come si dovea, per le successioni pervenute durante il matrimonio. L'idea di Duranton è dunque un errore e-

vidente; a ragione lo ha condannato una decisione recente di Corte di appello (1).

III. — D'altronde, come si è detto, la regola che i debiti delle successioni e donazioni pervenute ai coniugi durante il matrimonio, sono a peso della comunione, proporzionatamente alla parte mobiliare dei beni avuti, ed a peso del coniuge per rimanente, si è stabilita per i coniugi fra loro e per rispetto al passivo reale e definitivo della comunione; ma per rispetto ai creditori e per il loro dritto di agire, a cui la comunione è obbligata di rispon-

dere, salvo in taluni casi il compenso, è diversa la regola. Non basta più il distinguere le successioni o donazioni in mobiliari e immobiliari: è d'uopo anche distinguere se la successione o donazione sia pervenuta al marito o alla moglie, se il marito abbia o no fatto inventario dei mobili comprensivi, e se pervenuti alla moglie l'abbia questa accettata con l'autorizzazione del marito o soltanto con quella giudiziale. Il dritto dei creditori estendesi più o meno secondo i casi, come ora vedremo.

1411 (T). — I debiti delle eredità puramente mobiliari pervenute ai coniugi durante il matrimonio, cadono interamente a peso della comunione.

1412 (T). — I debiti d'un'eredità puramente immobiliare pervenuta ad uno dei coniugi durante il matrimonio, non sono a carico della comunione; salva ai creditori la ragione di agire per il pagamento, sopra gl'immobili della predetta eredità.

Non ostante, se l'eredità è pervenuta al marito, i creditori verso la detta eredità possono pretendere il loro pagamento tanto sopra i beni propri del marito, quanto sopra quelli della comunione, salvo, nel se-

condo caso, il rimborso dovuto alla moglie od ai suoi eredi.

1413 (T). — Se l'eredità puramente immobiliare sia pervenuta alla moglie, ed essa l'abbia accettata coll'assenso del marito, i creditori dell'eredità possono domandare il loro pagamento sopra tutti i beni particolari della moglie; ma se l'eredità non è stata accettata dalla moglie, che mediante autorizzazione giudiziale per causa del rifiuto del marito, i creditori, nel caso che gl'immobili creditori non siano sufficienti, non possono agire che sopra la nuda proprietà degli altri beni particolari della moglie.

SOMMARIO

I. Successioni immobiliari. I debiti andranno sempre a carico del coniuge erede, ma i creditori, secondo le varie circostanze, dovranno agire diversamente. Quid specialmente se la moglie, acquistando una successione, l'accetti autorizzata dal marito?

I. — Questi ed i seguenti articoli provano, come si è detto, che i debiti delle successioni devolute durante il matrimonio son tutti sì mobiliari che immobiliari a peso della comunione o del coniuge, secondo che elle siano composte di mobili o immobili.

Infatti secondo l'art. 1411 (T) essendo la successione mobiliare, i suoi debiti sono

Errare di Tontlier.

II. Successioni mobiliari. I debiti a carico della comunione. Il dritto di agire dei creditori varia ugualmente. Non s'opera confusione fra i debiti e i crediti del coniuge verso al defunto.

per lo intero e senza che se ne distingua la natura, a conto della comunione; e secondo l'art. 1412 (T), essendo la successione immobiliare, sono dell'ugual modo a peso del coniuge. È questa una sanzione dell'antico dritto (2).

Ma se bisogna distinguere la natura mobiliare o immobiliare della successione per

(1) Douai, 6 gennaio 1846 (Dev., 46, 333).

(2) Ferrières (Cons. di Parigi, art. 221, § 3,

n. 16); Pothier (Com., n. 260).

conoscere da cui debbano pagarsi i debiti, non è ciò necessario per rispetto ai creditori e onde sapere su quali beni debba farsi il pagamento. Benchè adunque i debiti della successione puramente immobiliare sieno a peso del coniuge, pure se questa è pervenuta al marito, essi, giusta il 2° paragrafo dell'art. 1412 (T), si potranno pagare non solo sugli immobili ereditari e gli altri proprî del marito, ma anche su quelli della comunione, perchè essendone capo il marito e potendo obbligarla, tutti i debiti sono ugualmente della comunione (come i debiti di essa diventano pure di lui, e possono pagarsi sui suoi beni proprî); però i debiti d'una successione immobiliare potrebbero solo pagarsi coi beni della comunione, salvo a compensarsene su quelli del marito. Se la successione immobiliare è pervenuta alla moglie, è d'uopo d'altra distinzione, ed il dritto de' creditori è più o meno esteso secondo che ella accettò con l'autorizzazione del marito o del tribunale, ove quegli si rifiutò.

In quest'ultimo caso, essendo estranei alla obbligazione il marito, non che la sua comunione, dovrà quella eseguirsi senza nuocere per nulla alla comunione; e i creditori non potranno agire nè contro ai beni della comunione, nè contro ai proprî della moglie, ma solo contro gli immobili della successione pervenuta, e contro la nuda proprietà dei beni spettanti alla moglie. Se la successione è accettata colla autorizzazione del marito capo della comunione, concorrendo egli allo acquisto consente che la obbligazione che ne deriva si esegua su tutti i beni della moglie erede senza riserbarsene le rendite. Ciò dice la prima parte dell'art. 1413 (T).

Bene è vero che Toullier (XII-282 e 383) spingesi oltre volendo che non ostante il silenzio dell'articolo 1413 (T) l'autorizzazione del marito dia ai creditori ereditari il dritto di agire contro tutti i beni della comunione e contro quelli del marito; ma con tutta la lunghezza ed il calore della sua dissertazione ed anche gli insulti alle

volte amari che ci volge a Delvincourt (1), la sua dottrina è sempre inammissibile.

Non perchè la legge nell'art. 1419 (T) faculti i creditori pei debiti contratti dalla moglie col consenso del marito, ad agire contro i beni della comunione e quelli del marito, doveva pure facilitarli ad agire contro i medesimi beni pei debiti che col consenso del marito sono *quasi-contratti* da lei accettando la successione. Da una mano può darsi che un debito dichiarato contratto dalla moglie, lo sia per la comunione o altro nel personale interesse del marito, nel mentre l'accettazione dell'immobiliare successione pervenuta alla moglie attribuisce i beni soltanto a questa.

Dall'altro lato è ben naturale che colui che non vuol contrarre con una moglie senza il consenso del marito, riguardi tutti i beni della casa, come a garanzia del suo credito; in modo che sarebbe stato se non poco equo, certo molto severo, restringere la garanzia solo ai beni particolari della moglie: in una casa ricca ed in doviziosa comunione può una moglie avere in proprietà pochi o punti valori, e sarebbe duro che un creditore sia ridotto ad un regresso di poco momento non ostante l'opulenza de' coniugi. Nel nostro caso di successione invece i creditori ereditari non possono mai lagnarsi, dappoichè il pegno su cui han fatto asseguamento contraendo, cioè il patrimonio del defunto, resta loro per intero, e oltre a ciò hanno i beni personali della moglie.

Non eravi perciò bisogno pel caso del nostro art. 1413 (T) di una regola simile a quella dell'art. 1419 (T). Se si consideri poi che essa fa eccezione al principio che colui che autorizza l'incapace non si obbliga personalmente, *qui auctor est non se obligat*, ben si vede che il suo effetto non potrebbe estendersi al nostro caso. Il permettersi dalla legge che si agisca contro le rendite dei beni della moglie, fe' dire a Toullier che la comunione cui appartengono quelle rendite non è in salvo, e si può quindi procedere su tutti i suoi beni ed anco contro

(1) E più al 10° § del n. 282 e all'ultimo del n. 283.

quelli dello stesso marito. L'inesattezza di tale idea è palpabile; perchè l'autorizzazione data dal marito alla accettazione della successione, è tenuta dalla legge come un virtuale consenso agli effetti ordinari di essa non ostante i dritti della comunione, permettendo ai creditori di agire pienamente, tanto per le rendite che per la proprietà, contro i beni della moglie erede, si deve pure scorgere l'assenso perchè essi possano agire anche contro tutti i beni della comunione e del marito?

In somma la legge che negli art. 1412, 1413, 1416, 1417 (TTTT) così accuratamente dinota i vari beni su' quali possono i creditori esercitar i loro dritti, non vi pone i beni della comunione. Or da una parte qui come nell'art. 1419 (T) contro cotesti beni si potrebbe agire per una eccezione, e perciò tacendone la legge, cotale facoltà non può estendersi al nostro caso, e dall'altra parte buone ragioni consigliano di non estenderle. La dottrina di Toullier non può dunque ammettersi, e tutti gli scrittori indistintamente l'hanno a buon diritto condannata (1).

II.—Facciamo alcune osservazioni intorno al dritto di agire dei creditori per rispetto alle successioni puramente mobiliari di cui parla l'art. 1411 (T).

Sempre e per intero i debiti di tali successioni vanno a carico della comunione onde i creditori possono sempre agire contro i beni di essa, ma secondo i casi anche contro questi o quelli altri beni.—Se la successione mobiliare è devoluta al marito, i creditori possono (supposto che abbia accettato puramente e semplicemente) agire pure contro i beni personali del marito erede, salvo in tal caso ad esserne compensato dalla comunione.—Quando la successione è devoluta alla moglie, fa d'uopo distinguere: Se l'accettazione si fa dal marito per isperimentare i dritti e le azioni mobiliari della moglie, o da costei col

consenso del marito, debiti che sono in tal guisa riconosciuti da costui debiti della comunione, possono esser pagati sopra i beni propri del marito, non che sui beni propri della moglie ch'è erede, salvo il compenso dovuto dalla comunione o al marito o alla moglie. Se la successione è accettata dalla moglie con l'autorizzazione del tribunale, poichè il marito si è negato, e si è steso un regolare inventario dei mobili, i debiti che sono allora della comunione contro al volere del marito e solo in quanto ella ne raccoglie i mobili, non potranno esser pagati da lei che fino alla concorrenza del valore dei mobili, ma non mai sopra i beni del marito; potranno pagarsi su quelli della moglie per la nuda proprietà salvo il compenso dovuto dalla comunione alla moglie. Se non si fosse fatto l'inventario, per la confusione dei mobili coi beni della comunione si potrebbe agire per lo intero contro di questa, e nel medesimo tempo contro la nuda proprietà dei beni della moglie. Le quali idee non espresse dal Codice non potrebbero parer dubbie in faccia alle disposizioni analoghe poste dallo art. 1410 (T) per le successioni miste, cioè mobiliari e immobiliari insieme.

La successione mobiliare fa sorgere una quistione, che si presenta pure per le successioni miste, e che noi dobbiamo qui risolvere. Quando il coniuge erede era creditore del defunto, conserva il credito contro la comunione; e viceversa, se fosse debitore del defunto per un debito personale (per grazia di esempio, per il prezzo ancora dovuto da lui di un immobile vendutogli dal defunto prima del matrimonio) rimarrà debitore della comunione? Si potrebbe forse rispondere di nò, perchè nel primo caso il credito del coniuge, nel secondo il suo debito si sono estinti per confusione quando il coniuge diveniva erede del debitore o del creditore. Ma in questo caso non vi

(1) Delvincourt (III); Duranton (XIV-235); Bellot (I, p. 279); Battur (I, 332); Zachariae (III, p. 463); Demante (*Thémis*, XVIII, p. 166); Dalloz (X, pa-

gina 200); Glandaz (n. 151); Taulier (V, p. 80); Odier (I-181); Paolo Pont e Rodière (I, 579); Troplong (II, 799-804).

sarebbe confusione. La comunione è allora come un cessionario dei dritti successori del coniuge, e quindi ella deve a lui ciò

che il defunto doveva, e può da lui pretendere ciò che egli doveva al defunto (1).

1414 (T). — Quando l'eredità pervenuta ad uno degli sposi consista parte in effetti mobiliari e parte in immobiliari, i debiti da cui essa è gravata non sono a carico della comunione, che fino alla concorrenza di quella porzione degli effetti mobiliari, che deve erogarsi per l'estinzione dei debiti, in proporzione del valore dei predetti effetti mobiliari confrontato con quello degli immobili.

Questa porzione erogabile si desume dallo inventario cui il marito deve far procedere in proprio nome, se l'eredità lo riguarda particolarmente, o come dirigente ed autorizzante le operazioni della moglie, quando si tratti di una eredità ad essa pervenuta.

1415 (T). — In mancanza d'inventario, ed in qualunque caso questa mancanza pregiudichi alla moglie, essa od i suoi eredi possono, al tempo dello scioglimento della comunione, domandare di essere indennizzati a termini di ragione; come pure comprovare la preesistenza e valore degli effetti mobiliari non inventariati, tanto con documenti e scritture private, quanto con testimoni ed occorrendo per pubblica fama.

Il marito non è mai ammesso a fare que-

sta prova.

1416 (T). — Le disposizioni contenute nello art. 1414 (T) non impediscono che i creditori di un'eredità in parte mobiliare ed in parte immobiliare dimandino il loro pagamento sopra i beni della comunione, tanto nel caso che l'eredità sia devoluta al marito, come in quello che sia devoluta alla moglie, quando questa l'abbia accettata coll'assenso del marito; il tutto però senza pregiudizio delle rispettive compensazioni.

Lo stesso ha luogo se l'eredità fu accettata dalla moglie con l'autorizzazione giudiziale, e che ciò non ostante gli effetti mobili siano stati confusi con quelli della comunione senza che siavi preceduto l'inventario.

1417 (T). — Se l'eredità fu accettata dalla moglie con l'autorizzazione giudiziale, atteso il rifiuto del marito, e se si è fatto l'inventario, i creditori non possono domandare il loro pagamento che sopra i beni tanto mobili che immobili di detta eredità, ed in caso di insufficienza sopra la nuda proprietà degli altri beni particolari della moglie.

SOMMARIO

I. Successioni miste. I debiti andranno a carico della comunione in proporzione del valore dei mobili messo in raffronto con quello degli immobili. Il marito è obbligato a fare un inventario per comprovare

il valore. Conseguenze della mancanza d'inventario.

II. In questo caso il dritto di agire non è governato in qualche punto dalle regole precedenti. Osservazioni.

I. — La legge avendo prima trattato delle successioni mobiliari, e poi delle immobiliari, parla nei quattro riferiti articoli di quelle composte insieme di mobili ed immobili; dei quali quattro articoli i due primi stabiliscono ciò che la comunione dee pa-

gare dei debiti ereditari, gli ultimi due il dritto di agire dei creditori per rispetto ad essi.

I debiti delle successioni miste sono naturalmente e secondo i principi stabiliti per quelle del tutto mobiliari o immobiliari, a

(1) Pothier (*Comun.*, n. 262, 263); Toullier (XII, 293); Zachariae (III, p. 462); Rodière e Paolo Pont MARCADÉ, *vol. III*, p. I.

(1-361 e 562).

carico della comunione in proporzione del loro valore mobiliare, e a carico del coniuge erede in ragione della parte immobiliare. Così se una successione che abbia un attivo di 100,000 fr. e un passivo di 15,000 si componga di 80,000 fr. di immobili e di 20,000 di mobili, la comunione dovrà pagare un quinto dei debiti, ossia 3,000 fr. poichè ella prende i 20,000 fr. che sono il quinto del totale; ed il coniuge che ritiene gli 80,000 fr. di immobili pagherà gli altri 4 quinti di debiti ossia 12,000 fr.

Onde stabilire il valore relativo dei mobili e degli immobili, deesi stendere un inventario di stima, del quale obbligo è tenuto il marito, fosse anche la eredità devoluta alla moglie, poichè ella dimora in uno stato di dipendenza, nè potrebbe durante il matrimonio compiere quella formalità contro il volere del marito. Questi dunque è il solo che risponderà del non essersi fatto l'inventario e del danno che potrebbe venirne alla moglie.

Il danno potrebbe esservi, sia la successione devoluta al marito o alla moglie. Se ella è devoluta al marito, questi non essendovi inventario potrebbe attribuire alla parte mobiliare maggior valore di quel che non avrebbe, affin di crescere la parte dei debiti da doversi pagare dalla comunione, il che scemerebbe in questa la parte della moglie o dei suoi eredi. Se la è devoluta alla moglie, il marito scemerebbe il valore dei mobili affin di scemare la parte dei debiti da pagarsi dalla comunione, ed accrescer quella da pagarsi dalla moglie. La mancanza dell'inventario dunque può far sorgere dei dubbi, sciolta che sia la comunione fra il marito e la moglie, o loro rappresentanti, sia che la successione mista sia devoluta al marito o alla moglie; ma secondo l'articolo 1415 (T) le difficoltà si troncheranno dandosi facoltà alla moglie

o ai suoi rappresentanti di provare il valore reale dei mobili di cui non si è fatto inventario, non solo coi vari titoli, registri, lettere che potrebbero procurarsi, o per testimoni, ma anche se occorra per voce pubblica, cioè, come noi abbiamo già spiegato, con una indagine nella quale non si richiedono deposizioni precise rigorosamente affermative, e intorno a cose che sono a personale conoscenza del testimone, ma bastano il semplice *si dice*, voci più o men vaghe, e nelle quali essendovi contraddizione si riterranno piuttosto i fatti contrari a colui contro di cui si fa la prova; perchè si è costretti ad usar questo mezzo di prova per colpa di lui (1).

A ragione la legge ha negato al marito di far siffatta prova contro la moglie. Siccome il marito non può usare tal dritto, molto meno, chechè ne dicano pure in contrario Paolo Pont e Rodière (I-570), lo potranno i suoi eredi, i quali rappresentandolo avranno gli stessi dritti di lui.

Non così però se gli eredi incolpassero di frode il marito, e pretendessero non aver lui fatto l'inventario giusto per nuocer loro ed avvantaggiarne la moglie; poichè allora essi non sarebbero più rappresentanti del marito, ma suoi avversari; nè più potrebbero applicarsi le regole ordinarie della pruova, poichè trattasi di frode: *fraus omnia corrumpit*. Tranne questo caso speciale, gli eredi non potrebbero avere il diritto negato al loro autore, ed a ragione una decisione della Corte suprema del 1842 ha così deciso.

Del resto, non si negano al marito che le prove vietate dai principi generali, cioè la pruova testimoniale, e con più ragione quella per voce pubblica; ed egli potrebbe, in mancanza d'inventario, provare con qualunque titolo la consistenza del mobile pervenuto, come con un atto di divisione, un conto di tutela, ecc. Ciò emerge chiaro

(1) Giudicato che sotto la regola della comunione ristretta ad una determinata somma, la moglie, a cui è devoluta una eredità durante il matrimonio, può domandare che il magistrato interroghi il marito onde provare anche di faccia ai creditori di lui, mercè le confessioni fatte nel suo interroga-

torio e presunzioni gravi, precise e concordanti sorte dalla discussione, che egli sia debitore della detta eredità. — Ricorso, 29 nov. 1853 (J. P., 1856, tom. I, p. 48). — Vedi Paolo Pont e Rodière (I-566).

dall'articolo 1504 (T), ed è stato conforme giudicato dalla decisione di sopra riferita, non che da un'altra precedente della Corte di Rouen (1).

II. — Abbiamo visto, in quanto riguarda il passivo propriamente detto della comunione, che la regola delle successioni miste è formata dalle due regole che governano le successioni mobiliari da un lato, le immobiliari dall'altro, in guisachè sarebbe bastato quel che si è detto per le due prime classi di successioni, per regolare la terza come a conseguenza e senza disposizioni novelle. Il dritto di agire dei creditori però non è identicamente lo stesso, e gli articoli 1416-1417 (TT), in un caso si scostano non poco dai principi stabiliti precedentemente.

Così l'articolo 1416 (T) permettendo ai creditori d'una successione mista pervenuta al marito, di agire (oltre ai beni ereditari e propri del marito) contro ai beni della comunione, segue i principi già svolti: la comunione deve rispondere del marito se la successione fosse mobiliare, se immobiliare, e se ad un tempo fosse l'una cosa e l'altra. Quando la successione mista sia pervenuta alla moglie, e l'abbia essa accettata, stante il rifiuto del marito, col-l'autorizzazione del magistrato, i creditori possono agire, nel caso in cui i beni della successione non bastino, contro la nuda proprietà degli altri beni della moglie, se vi sia inventario, e contro tutti i beni della comunione, se non ve ne sia punto: sicchè l'articolo 1417 (T) e il secondo paragrafo dell'articolo 1416 (T) son d'accordo colle regole sin qui spiegate.

Ma il primo dell'art. 1416 (T) se ne allontana intieramente nel caso in esso preveduto. Appena la moglie autorizzata dal marito accetta la successione mista, i creditori sono autorizzati ad agire sopra i beni della comunione per tutti i debiti, come se la successione fosse pervenuta al marito: con ciò si deroga i principi in

prima stabiliti. Siccome il dritto di agire contro la comunione per una successione pervenuta alla moglie, ed accettata col consenso del marito, è permesso per le successioni mobiliari, non per le immobiliari, dovevasi, onde esser conseguente, permetterlo qui per la porzione dei debiti della successione mista, rispondente alla parte mobiliare di essa, e non per tutti i debiti.... Ma la legge, ad evitare le difficoltà intorno alla proporzione con cui dovrebbe la comunione contribuire ai debiti, ha ordinato altrimenti. E poichè i debiti della successione mista, anzichè gravarsi alla comunione semplicemente per una parte proporzionale al valore relativo del mobiliare, le si graverebbero in intero, dunque anche per lo intero, e non per la parte, si graveranno al marito (2).

Del resto l'articolo 1416 (T) dice, come ben lo doveva, che si potrà chieder compenso ogni volta che i debiti della successione mista si paghino sopra i beni che non debbano definitivamente sostenerli, o ne debbono solo una parte minore di quel che abbian pagato.

In altri termini si potrà chieder compenso, o dal coniuge erede contro la comunione, o viceversa, o dall'altro coniuge contro il coniuge erede o la comunione, ogni volta che questa abbia pagato i debiti altrimenti che per la parte proporzionale al valore del mobiliare, e il coniuge erede ne abbia pagato il resto.

Le regole della nostra materia non tolgono di applicarsi i principi stabiliti nel titolo delle *Successioni*. Potrebbe adunque la successione pervenuta alla moglie o al marito esser accettata col beneficio, ed i creditori allora potrebbero soltanto procedere contro i beni ereditari. E viceversa potrebbero i creditori, se temono della solvenza del coniuge ereditario o della comunione, far uso del beneficio della separazione dei patrimoni (art. 878 (798)).

(1) Rouen, 29 agosto 1840; Rig. civ., 10 agosto 1842 (Dev., 41, 2, 55; 42, 1, 77).

(2) Pothier (nn. 262, 263). — Vedi pure Toullier

(t. XIII. n. 273); Rodière e Paolo Pont (t. I, numeri 561, 562); Odier (t. I, n. 174); Troplong (numeri 790 e seg.).

1418 (T).—Le regole stabilite negli articoli 1411 (T) e successivi devono osservarsi egualmente riguardo ai debiti dipendenti

da una donazione, come per quelli risultanti da un'eredità.

1.—Quanto si è detto nei precedenti articoli pei debiti delle successioni mobiliari, immobiliari o *miste*, si applica del pari ai debiti delle donazioni mobiliari immobiliari o *miste*, tra vivi, o per istituzione contrattuale, o per testamento. Perciò ove si faccia una liberalità a titolo universale e con obbligo quindi di pagare tutti o porzione dei debiti del disponente, o anche una disposizione a titolo particolare, ma con obbligo espresso di pagare i debiti, si seguiranno le sopradette regole. I debiti adunque che gravano la disposizione saranno a peso della comunione o del coniuge gratificato, o di quella e di questo, ciascuno per la sua parte, secondo che la disposizione avrà per oggetto soli mobili o immobili, o gli uni e gli altri insieme; e quanto al dritto dei creditori si faranno quest'altre distinzioni se la disposizione si faccia al marito o alla moglie, se la moglie l'accetta col consenso del ma-

rito o solo con l'autorizzazione del magistrato, o in fine essendo la disposizione mobiliare in tutto o in parte se si è fatto o no inventario del mobile donato.

Pure studiando l'attivo della comunione abbiain trovato due regole la cui applicazione trarrebbe una necessaria eccezione a tui principl. Se conforme allo articolo 1401-4° (T) una donazione mobiliare fosse fatta con espressa condizione di restar propria al coniuge donatario, i mobili donati restando al coniuge come se immobili, i debiti saranno a peso del coniuge; viceversa se conforme l'art. 1405 (T) si facesse una donazione immobiliare con dichiarare che i beni saranno in comunione, spetta a questa il pagare i debiti. In una parola, allorchando per eccezione l'attivo d'una donazione mobiliare sarà sottoposto al principio delle donazioni immobiliari, il medesimo principio governerà il passivo.

ART. 1.—*Debiti contratti durante il matrimonio.*

Durante la società coniugale i coniugi possono, secondo le regole varie per il marito o la moglie, contrar debiti che debbonsi sostenere ora definitivamente dalla comunione, ed ora soddisfare salvo il compenso. Il principio stabilito dall'art. 1409-2° (T) è svolto non pienamente dagli ar-

ticoli 1419 e 1420 (TT); per cui dovremo scostarci dall'ordine degli articoli e prenderne alcuni dalla seguente sezione, onde completare la nostra materia.

Tratteremo a parte dei debiti contratti dalla moglie e di quelli del marito.

Debiti contratti dalla moglie.

1419 (T).—I creditori possono dimandare il pagamento dei debiti contratti dalla moglie col consenso del marito, tanto sopra tutti i beni della comunione, quanto

sopra quelli del marito o della moglie; salvo il compenso dovuto alla comunione, o l'indennità dovuta al marito.

SOMMARIO

I. La regola di questo articolo che deroga al dritto comune, va eccettuata in due casi.
Motivi della regola e delle eccezioni. Si

respinge la dottrina di Bellot.

II. Quando si darà luogo a compenso? Il consenso del marito può esser tacito.

I. — Gli atti della moglie non possono in generale obbligare la comunione di cui è capo il marito, se non se col consenso di costui, siccome positivamente dichiara la prima parte dell'art. 1426 (T); col consenso del marito anche in generale obbligano la comunione e quindi il marito medesimo (1).

Ma a questo doppio principio si fa eccezione in due sensi, e siccome gli atti della moglie obbligano la comunione senza il consenso del marito in alcuni casi indicati dall'art. 1427 (T); così e viceversa gli art. 1413 e 1432 (T e 1403) pongono due casi nei quali l'atto della moglie, sebbene col consenso del marito, non obbliga la comunione. Il primo di essi già di sopra spiegato è, quando la moglie accetta una successione immobiliare con l'autorizzazione del marito; i debiti ereditari non possono pagarsi dai beni comuni; il secondo è, quando la moglie col consenso del marito abbia venduto immobili propri, d'onde sorgono obbligazioni del venditore contro la moglie, e non già contro il marito e la sua comunione. Questa seconda eccezione sebbene non indicata formalmente, pure deriva dall'art. 1432 (1403), poichè esso suppone che il compratore possa agire contro il marito, in quanto questi si fosse fatto formalmente mallevadore della moglie e non semplice autorizzante.

Queste due eccezioni sono un ritorno al dritto comune a cui derogava l'art. 1419 (T). Difatti secondo il dritto comune, colui che autorizza l'obbligazione di un incapace non obbliga se stesso, *qui auctor est non se obligat*; per modo che, secondo i principi, gli atti della moglie autorizzata dal

marito avrebbero dovuto obbligare la sola moglie. Di leggieri si comprende il perchè il nostro art. 1419 (T) abbia derogato ai principi, e il perchè gli art. 1413 e 1432 (T e 1403) vi ritornino. La legge teme che il marito col suo ascendente facesse contrarre alla moglie, in vece sua, atti fatti nell'interesse della sua comunione o nel suo interesse personale, e perciò ha dettato la disposizione dello articolo 1419 (T). Ma siccome nei due casi degli articoli 1413 e 1432 (T e 1403) non potea materialmente aver più luogo quel timore, poichè la accettazione di una eredità immobiliare pervenuta alla moglie e la vendita di un immobile suo proprio, non riguardano che lei sola, la legge a buon dritto ha fatto ritorno ai principi ordinari.

Ciò posto, sarebbe stato logico render generale l'idea degli articoli 1413 e 1432 (T e 1403) e far seguire il nostro 1419 (T) da una disposizione che dichiarasse che il marito e la comunione non sarebbero più obbligati, quando l'atto autorizzato dal marito riguardasse solo la moglie; ma questa regola non si è fatta, e se si volesse non di meno applicarla, siccome pretende Bellot des Minières (I-p. 477), si correggerebbe e rifarebbe la legge, e non si spiegherebbe (2).

II. — Sebbene la regola del nostro articolo 1419 (T) si fonda sul timore che l'atto non sia fatto pel marito o la sua comunione, può bene avvenire, come spesso avverrà, che sia realmente fatto per la moglie.

In questo caso la moglie sola deve sostenere il debito e compensare la comunione

(1) Ma da una giurisprudenza recente è stato deciso che i creditori verso i quali la moglie in comunione si è obbligata in solido col marito, possono agire sopra i beni della comunione, per parte del marito non per parte della moglie e che a questo caso non si applica l'art. 1419 (T). Parigi, 18 ott. 1854, 24 gen. 1855, 21 giug. 1851 (Dev., 55, 2, 81, e 394; Dall., 56, 2, 109). — V. in questo senso una consultazione di Coin-Delisle nella *Gazzetta dei tribunali* del 15 nov. 1854.

(2) La opinione di Bellot des Minières è anche abbracciata da Delvincourt (tom. III, p. 258), Du-

ranton (tom. XIV, nn. 248, 308); Demante (*Thémis*, tom. VIII, p. 166); Balth (tom. 1, n. 332); Troplong (n. 846). Ma è stata rigettata dalla Corte di Rouen, la quale ha giudicato che nella regola della comunione il marito è tenuto sopra i suoi beni, salvo il compenso, dei debiti contratti dalla moglie con la sua autorizzazione, quando anche non ne derivi a lui alcun vantaggio. Rouen, 27 maggio 1854 (Dev., 55, 2, 17); ed è questo il sentimento di Zachariae (tom. III, § 500); Paolo Pont e Rodière (tom. 1, 590); Odier (tom. 1, nn. 192, 247); Demolombe (tom. IV, n. 310).

o il marito, se coi beni dell'una o dell'altro sarà pagato, secondo dice l'ultima parte del nostro testo.

D'altronde non è necessario che sia espresso il consenso del marito perchè i

creditori possano agire contro i beni di lui e della comunione, potendo tacitamente sorgere da circostanze di fatto che saranno valutate dal giudice (1).

1420 (T). — Qualunque debito contratto dalla moglie come procuratrice generale o speciale del marito, è a carico della co-

munione; ed il creditore non può domandarne il pagamento contro la moglie e sopra i suoi beni particolari.

SOMMARIO

I. La moglie che è procuratrice obbliga il marito e la comunione, senza obbligar se stessa. Vi ha presunzione di mandato tacito per gli atti relativi ai bisogni di fa-

iglia.

II. Casi in cui questa presunzione non ha più luogo.

1. — Se la moglie contrae un' obbligazione qual procuratrice del marito, il debito sarà di questi di cui essa è stata lo strumento, e si dovrà ripetere sopra i beni di lui e su quelli della comunione, non già su quelli della moglie. Idea tanto semplice, e che si chiaramente sorge dai principj, che il legislatore ne avrebbe potuto far di meno.

Secondo noi, il nostro articolo contiene in se implicitamente un'altra idea, ed è di applicarsi il principio stabilito ad una classe di debiti, pei quali dee ritearsi, per la natura stessa delle cose, che il marito abbia dato la procura; cioè per quelli contratti dalla moglie, o per mantenimento del marito e dei figli, o pel suo proprio, o per altri bisogni della casa.

Spetta al marito da una mano il provvedere ai bisogni della moglie e dei figli; e i debiti a ciò contratti sono a peso della comunione (articolo 1309-5° (1263)); dall'altra in una casa ben regolata tutte le minute spese giornaliere non sono affari del marito; spettano alla moglie le cure

domestiche; e siccome sarebbe noioso e contro l'uso generale pretendere che una moglie per tali affari avesse un formale mandato del marito, si è sempre inteso che per siffatti debiti ella è di pien dritto e per la tacita volontà del marito procuratrice di lui; in modo che per tali debiti vi è dritto di procedere sui beni del marito e quelli della comunione, e non su i personali della moglie. A tal particolare specie d'obbligazioni si applica specialmente il nostro articolo (2).

Senza fallo sarebbe stato meglio trovarsi nel Codice una formale disposizione intorno a ciò; ma benchè vi manchi, pure il pensiero della legge rampolla chiaro da altri testi. La decisione che non vedesse un mandato tacito del marito, o almeno la amministrazione degli affari di costui negli atti di cui trattasi, dovrebbe esser cassa per aver violato gli articoli 214 e 1409-3° (203, T) combinati o col nostro articolo, o coll'articolo 1375 (1329).

II. — Se la moglie fa delle compre contro il volere del marito, e i somministra-

(1) Sic. Paolo Pont e Rodière (tom. 1, n. 592).
(2) Dumoulin (art. 112 e 116 dell'antica *Consuetudine di Parigi*); Bouhier (Bourges, osserv. 19, n. 92); Ferrière (Parigi, art. 221, gl. 2, n. 72); Valin (*Rochelle*, art. 23, n. 11); Duparc-Poullain (*Bretagna*, art. 448); Lebrun (*Commun.*, lib. 2, cap. 2, sez. 2); Pothier (*Commun.*, n. 74); Merlin (Rep. alla parola *Autoriz. maritale*, § 7); Toulhier (*Alf* 261 a 268); Duranton (XIV-250); Vazeille (*Mar.*,

II-335); Bellot (I, p. 247); Dalloz (X, p. 202); Odier (I 251); Paolo Pont e Rodière (I-594); Duvergier (sopra Toulhier, n. 268); Troplong (II-741 e 389). Decisioni del parlamento di Lijon, 13 gennaio 1648; del parlamento di Parigi del 2 agosto 1715; del 6 luglio 1766; del 13 giugno 1781; Rouen, 27 dic. 1809; Rennes, 11. 30 dic. 1813 o 21 gennaio 1814; Rig., 7 nov. 1820; Rig., 14 febbraio 1826.

tori lo sanno, cessa la presunzione che il marito le abbia dato il tacito mandato per tutte le spese della casa. Valuterebbe il giudice secondo le circostanze, se coloro che fanno le somministrazioni conoscano o no che il marito non ha voluto far la moglie arbitra delle spese della sua casa. Per grazia di esempio, la presunzione non cesserebbe necessariamente, perchè il marito faccia inscrivere in un giornale uno apposito avviso, come spesso si fa a Parigi; non potendosi pretendere che un mercante legga tutti i giornali e sappia tutte le notizie: in un piccolo luogo e per una casa riguardevole sarebbe ben facile conoscersi la volontà del marito.

Ma la presunzione del tacito mandato dovrebbe necessariamente cessare quando il marito e la moglie fossero separati

di persona ma non giudiziariamente? Toullier (XII, 252) crede di sì, ma noi non potremmo accontentarci al suo parere. Esso si dovrà ammettere se la moglie è separata contro la volontà del marito, poichè allora cessa in lui l'obbligo di provvederla, che è correlativo a quello della coabitazione di lei; e negandole il mantenimento, egli potrebbe costringerla a ritornare al domicilio maritale. Ma se i somministratori provassero che il marito si nega a riceverla, o che la separazione è consentita da ambedue, non ricevendo la moglie dal marito ciò che questi le deve, i debiti contratti dalla moglie sarebbero a carico del marito e della comunione, poichè quello è tenuto a provvederla. (1).

Noi supponiamo qui, come più sopra, che le spese sieno esorbitanti.

1426 (1397). — Gli atti che la moglie ha fatto senza il concorso del marito, benchè coll'autorità del giudice, non obbligano i beni della comunione, se non quando abbia contratto come pubblica mercatessa e per affari della sua mercatura.

1427 (1398). — La moglie non può, senza essere autorizzata giudizialmente, obbligare nè se stessa, nè i beni della comunione, nemmeno per liberare il marito dalla prigione, o per il collocamento de' figli, in caso di assenza del marito.

SOMMARIO

I. La pretesa eccezione indicata nel fine dell'art. 1426 (1397) al principio in esso stabilito, non è una eccezione. Secus di quella presentata dallo art. 1427 (1398).

II. Quest'ultimo articolo non è limitativo. — Esso per altro non deve intendersi in un senso assoluto: ma secundum subjectam materiam.

I. — Se i compilatori han fatto male a dar questo luogo ai due riferiti articoli, mentre appartengono alle regole intorno al passivo della comunione, meritano pur la taccia di aver male redatto l'art. 1426 (1397), di cui la seconda parte mal si porge come eccezione alla prima. Difatti la moglie, secondo l'articolo 4 (4) del Codice di commercio, ha bisogno del consenso del marito per esercitar la mercatura, cotachè tutti gli atti di lei per il suo commercio son sempre fatti in forza dell'au-

torizzazione generale del marito.

Pertanto la disposizione che dichiara cotali atti obbligatori per la comunione, non deroga al principio di non essere la comunione tenuta degli atti fatti dalla moglie non autorizzata dal marito (Vedi l'art. 202 (209)).

Ma l'art. 1427 (1398) contiene una vera eccezione, potendo per esso la moglie obbligare la comunione e quindi il marito, colla semplice autorizzazione giudiziale, quando ella vuol trarre il marito dalle car-

(1) Rig., 28 dic. 1830; Bordeaux, 8 giugno 1839; Rig., 13 febb. 1844 (Dev., 31, 1, 11; 39, 2, 416; 44, 1, 662). — Vedi Rodière e Paolo Pont (tom. 1,

n. 595). — Vedi intanto Toullier (tom. XII, numero 272).

ceri, o procurare nell'assenza di lui un collocamento ai suoi figli.

II. — Cotesto articolo non è limitativo, come pretendesi da Odier (I-259); perchè quando si dice che la moglie debba ottenere l'autorizzazione del magistrato, ove le manchi quella del marito, *anche* in questo o in quel caso, non si nega che sia il simile in altri casi; senza di ciò la parola *anche* non avrebbe alcun senso. Quanto dice la legge di questi due casi, deve applicarsi quindi ai casi siniglienti, e se la moglie avesse contratto un debito per liberare il marito fatto prigioniero di guerra, o farlo uscire di schiavitù o per impedire un arresto personale contro di lui, ella con ciò (purchè sia stata autorizzata dal magistrato) obbligherebbe la comunione, come se dovesse fare uscire di prigione il marito (1).

Dicasi il medesimo per il collocamento dei figli, e non solo quando si maritano, ma quando prendono un posto nella società, siccome sorge dall'art. 204 (194) che parla di stabilimento a causa di matrimonio o

per qualunque altro titolo.

Del resto nelle ipotesi prevedute dal nostro articolo, la moglie, a differenza di ciò che avviene nell'articolo precedente, è obbligata insieme col marito e la comunione; se il debito riguarda personalmente questo ultimo, e si è pagato dai beni della comunione o della moglie, il marito sarà tenuto al compenso.

Si comprende parimente che il nostro art. nel dire che la moglie *non può* contrarre *che dopo l'autorizzazione del magistrato*, non deve intendersi in un senso assoluto, ma *secundum subjectam materiam*. Non si vuole indicare che non essendo bastevole l'autorizzazione del marito, si debba necessariamente ottenere quella del magistrato, bensì che non ostante il favore dei casi preveduti è indispensabile quella del magistrato, *se non si è avuta quella del marito* (2).

Ove questa si ottenga, riuscirebbe vana l'altra; il nostro articolo si connette col precedente, e si applica agli *atti fatti dalla moglie senza il consenso del marito*.

ART. 2. — *Debiti contratti dal marito.*

Siccome la moglie in generale non può obbligare la comunione che col consenso del marito, così è ben naturale che i debiti di quest'ultimo possano sempre pagarsi dai beni comuni, non solo quando derivino dai contratti o quasi-contratti, ma anche in generale quando derivino dai suoi delitti.

Pei contratti e quasi-contratti la regola non ha eccezione, potendosi sempre agire contro la comunione, o il debito del marito interessi la comunione, ovvero lui personalmente, ovvero la moglie (3). Se non che, se il debito è personale al marito o

alla moglie, come se per fabbriche fatte sul fondo di uno di loro, la comunione lo pagherà, salvo ad esserne compensata dal marito o dalla moglie, siccome dovrebbe la moglie compensare il marito, se sopra i beni di costui si fosse pagato un debito di lei. Ciò deriva o direttamente o per argomento dallo art. 1409, 2° (T) che pone nel passivo della comunione « i debiti contratti dal marito durante la comunione, salvo il compenso ove abbia luogo. »

Nei seguenti articoli studieremo le obbligazioni che risultano dai delitti o quasi-delitti.

(1) Duranton (XIV-305); Delvincourt (I. II), Demolombe (IV-321); Rodière e Paolo Pont (I-612); Troplong (II-970); Bourges, 13 febr. 1830. — Vedi intanto Taulier (I. V, p. 97); che segue l'opinione inesatta di Odier.

(2) Rig., 8 nov. 1814.

(3) La comunione è tenuta pagare i debiti contratti dal marito, quand'anche abbiano acquistato

data certa, sciolta che sia la comunione, come anche quelli contratti per biglietti sottoscritti dal marito dopo sciolta la comunione, e dei quali la causa indicata risalga a un tempo anteriore allo scioglimento, fino a che non sia provato dalla moglie o dai suoi eredi che i biglietti abbiano una causa posteriore allo scioglimento. Ric., 13 marzo 1854 (Dev., 54, 1, 329).

1424 (T).— Le ammende in cui è incorso il marito a causa di delitto non producente la morte civile, possono esigersi sopra i beni della comunione, salva l'indennizzazione dovuta alla moglie: quelle in cui è incorsa la moglie non possono esigersi che sulla nuda proprietà de' suoi beni par-

ticolari, sin che dura la comunione.

1425 (T).— Le condanne pronunciate contro uno dei coniugi a causa di delitto producente la morte civile, non percuotono che la sua parte della comunione ed i suoi beni particolari.

SOMMARIO

- I. Qualunque obbligazione nata da un delitto del marito si potrà ripeter contro la comunione, salvo sempre il dritto a compenso.*
- II. La comunione paga senza pretendere compenso le obbligazioni nate da un quasi-delitto del marito o dai delitti di un figlio co-*

mune. — Delitti e quasi-delitti della moglie.

- III. Se il marito, a causa del suo delitto, è incorso nella morte civile, la comunione non dovrà più rispondere.*

I.—In generale i debiti nati da un quasi-delitto del marito, tranne il caso speciale di una condanna che porti seco la morte civile, si ripeteranno contro la comunione, salvo compenso sopra i beni di lui (1).

Noi qui parliamo di ogni reato, non dei crimini semplicemente; poichè quando si compilavano i nostri articoli, non si conosceva ancora la distinzione in crimini, delitti e contravvenzioni stabilita poi dal Codice d'istruzione criminale; sicchè la parola *crimine* (*crime*) deve intendersi nel senso generico di *misfatto* (*méfait*): per altro essendo le pene rigorosamente personali, la conseguenza è la stessa pei delitti, per le contravvenzioni, non che pei crimini propriamente detti. Diciamo da ultimo che la comunione deve rispondere, salvo ad esserne compensata dal marito, di tutti i debiti che risultino dal delitto di lui, cioè dei danni-interessi e delle spese, non che dell'ammenda. Su quest'ultimo punto è sorta controversia, e molti insegnano che la comunione non abbia dritto a compenso per le spese e i danni-interessi (2); ma questa dottrina ci sembra inesatta.

Si fa in prima obbiezione non esser quella una pena, le spese e i danni-interessi a differenza dell'ammenda essere lo adempimento d'una civile obbligazione. Ma

che monta ciò per la moglie? Essendo i debiti la conseguenza diretta e immediata del delitto, e derivando dalla colpa del marito come la stessa ammenda, per lo stesso principio di ragione e d'equità la moglie deve esser liberata sì nell'uno, che nell'altro caso. — Altra obbiezione è, che se per un delitto commesso da un terzo il marito avesse ottenuto danni-interessi, questi sarebbero stati della comunione e ne avrebbe tratto vantaggio la moglie, d'onde s'inserisce che viceversa, la comunione e la moglie non possono dolersi di pagare una parte di quelli dovuti dal marito. Ma non evvi la pretesa correlazione; perchè la moglie trae vantaggio delle indennità pagate al marito per aver sofferto il danno, per cui quelle eran nate, mentre per il delitto del marito non può affatto rimproverarsi la moglie. Se l'idea *ubi emolumentum ibi onus* fosse qui esatta e da applicarsi, i danni-interessi dovuti per un delitto della moglie dovrebbero pagarsi dalla comunione senza compenso, poichè fan parte della comunione quelli che si ricevono per un delitto commesso contro la moglie; or per questi danni-interessi nemmeno si può agire contro la comunione. — È necessario dunque completar l'art. 1424 (T) con l'articolo 1425 (T), sostituendo nel primo alla espressione troppo ristretta d'*ammende*,

(1) Sic Rodière e Paolo Pont (I. I. n.º 630).
(2) Toullier (XII-224); Zachariæ (III, p. 441),
MARCADE, *rol. III, p. J.*

Troplong (II-918); Odier (I-244). — Vedi pure una decisione del 30 genn. 1840 (Dev., 40, 2, 322).

quella più larga di *condanne* che è nel secondo; è questo anche il parere del più degli scrittori (1).

II.—Però la comunione se paga, salvo il compenso, le obbligazioni che derivano da un delitto commesso dal marito, deve pagare senza compenso quelle che derivano dai quasi-delitti di lui; non essendo più fatti colpevoli, ma accidenti di cui non potrebbe punirsi il marito amministratore, poichè nessuna amministrazione ne va senza.

Sarà il medesimo pei delitti di un figliuolo comune, i quali sono ad imputarsi tanto al marito che alla moglie. Ma se il figliuolo fosse nato da un precedente matrimonio, i debiti che risultano da un suo delitto si pagheranno, a sentimento nostro, dalla comunione, la quale avrà dritto ad esserne compensata dallo autore di lui. Si noterebbe indarno come fa Bellot (1 p.459), che la comunione debba mantenere cotesto figlio come quello nato dal matrimonio. Verissimo, ma non perciò ella deve anche sostenere le conseguenze dei suoi delitti. La comunione deve parimente mantenere i coniugi, eppure non paga i debiti che risultano dai loro delitti.

I delitti della moglie, come viene espressamente dichiarato dalla seconda parte dell'articolo 1424 (T), non potrebbero obbligare la comunione: se non lo possono gli atti leciti di lei, *a fortiori* quelli illeciti. Le obbligazioni adunque che risultano dai suoi delitti possono soltanto soddisfarsi sopra la nuda proprietà dei beni di lei.

III.—Trattandosi di una condanna che porta seco la morte civile, si fa eccezione alla regola, di pagarsi dalla comunione, salvo il compenso, le obbligazioni nate da un delitto del marito: in tal caso, per un debito del marito o della moglie, non si può più agire contro la comunione, ed il creditore potrà semplicemente rivolgersi, giusta l'articolo 1425 (T),

contro il conjugé autore del delitto (2). Tal disposizione, copiata dall'antico dritto, si fonda su ciò che la morte civile scioglie la comunione (articolo 1441 (1405)), ed è allora ben naturale che il creditore debba agire contro i beni del conjugé colpevole, cioè contro i beni propri che questo riprende, e contro la parte della comunione che gli perviene. Ciò un tempo spiegavasi benissimo. Quando si incorreva la morte civile per l'effetto diretto e dal di della condanna, le azioni che poteano intentarsi dopo lo scioglimento della comunione, si dirigevano, contro la parte di questa, divenuta proprietà particolare della moglie, perchè disciolta la società. Vero che i danni-interessi, a differenza dell'ammenda e delle spese, si dovranno dal giorno in cui fu commesso il delitto, e che per essi la condanna non farebbe che comprovare e liquidare il debito nato quando la comunione esisteva; in modo che si potrebbe pretendere che sia tenuto il marito, sulla parte della comunione pervenutagli, all'ammenda e alle spese, non già alle riparazioni civili. Ma siccome questa parte di debito nata sotto la comunione, si può ripetere dopo lo scioglimento, si è messa a pari col rimanente, liberando dalle conseguenze del delitto del marito quei beni che per la sua colpa son divenuti propri della moglie.

La disposizione si comprendeva dunque un tempo. Oggi però che s'incorre la morte civile e si scioglie la comunione per la esecuzione della decisione, o se la condanna è in contumacia, dopo cinque anni dalla esecuzione (art. 26 e 27 (29 e 30 MM)), l'ammenda e le spese non che i danni-interessi costituiscono debiti nati durante la comunione, ed il nostro articolo 1427 (1398) redatto con poca saggezza dal legislatore in modo assoluto, non può applicarsi senza una distinzione. Essa avrà luogo se la morte civile, come quasi sempre

(1) Delvincourt (tom III); Vazeille (*Mat.* II-371); Duranton (XIV-298); Bellot (II-433); Battur (I-316); Paolo Pont e Rodière (I 632); Duvierger (sopra Toulhier, *loc. cit.*).

(2) La disposizione si applica non solo alle ammende ma ben anche alle riparazioni civili cui il

conjugé sarebbe condannato; se dunque la condanna è contro il marito, la comunione non ne deve rispondere, nemmeno per ciò che riguarda le riparazioni civili. Colmar, 29 dic. 1849 (*Rev.*, 52, 2, 193). — Sic Paolo Pont, *Rivista critica*, I. II, p. 523.

segua la condanna, e la comunione si scioglie al momento in cui i creditori agiranno; formandosi così un'eccezione alla regola che si potranno riscuotere sopra tutti i beni comuni i debiti nati *durante la comunione* per fatto del marito.

Se la morte civile ha luogo molto tempo dopo la condanna, e i creditori hanno agito nell'intervallo, cioè prima che si fosse sciolta la comunione, non potranno ristringersi contro la tal parte della comunione, che forma ancora un tutto indiviso. In tal caso, giusta la regola ordinaria

dell'articolo 1424 (T), potranno rivolgersi contro i beni tutti della comunione, salvo il compenso; e quando l'articolo 1425 (T) fa un'eccezione a questa regola, restringendo il dritto dei creditori sulla parte del marito per rispetto alle *condanne pronunciate a causa di delitto producente la morte civile*, bisogna intendere quest'ultime parole di condanne che *abbiano prodotto la morte civile*, cioè condanne a pagamento, che si possono ripetere quando si è incorso nella morte civile, e si è sciolta la comunione.

SEZIONE II.

DELL'AMMINISTRAZIONE DELLA COMUNIONE, E DELL'EFFETTO DEGLI ATTI DI UNO DEI CONIUGI. RELATIVAMENTE ALLA SOCIETÀ CONIUGALE.

Il Codice che nelle sei sezioni in cui tratta della comunione legale, porge distinzioni inesatte, che rientrano spesso le une nelle altre, sotto la rubrica abbastanza vaga, che è qui sopra, tratta successivamente. — 1.° dell'amministrazione della comunione (articolo 1421-1423 (1396 M 1404 M)); — 2.° dello effetto degli atti illeciti di uno dei coniugi relativamente ai beni comuni (articolo 1424-1425 (T T)), e poi dello effetto degli atti leciti della moglie sopra gli stessi beni (1426-1427 (1397-1398)). materia che naturalmente si attacca al passivo della comunione, e che dovemmo spiegare nella precedente sezione; — 3.° dell'amministrazione dei beni propri dei coniugi, specialmente di quei della moglie (1428-1430 (1399-1401)); — 4.°

delle indennità o compensi dovuti sia ad un conjugo dalla comunione o dall'altro conjugo (1431-1436 (1402 T)), sia alla comunione da un conjugo (1437 (T)); e perciò il Codice incidentemente stabilisce le regole sopra il reimpiego, spiegate da noi più sopra; — 5.° infine, delle costituzioni di dote fatte dall'uno all'altro conjugo durante la comunione (1438-1440 (T-T)).

Il secondo oggetto (art. 1424-1427 (T-1398)) e parte del quarto relativo al reimpiego (art. 1434-1435 (T-T)) sono stati precedentemente spiegati; sicchè qui ci dobbiamo occupare: 1.° della amministrazione della comunione; 2.° dell'amministrazione dei beni propri; 3.° dei compensi; e 4.° delle costituzioni di dote.

§ 1. — Dell'amministrazione della comunione.

1421 (1396 M). — Il solo marito amministra i beni della comunione.

Li può vendere, alienare ed ipotecare senza l'intervento della moglie.*

1422 (T). — Non può disporre per atto fra vivi a titolo gratuito dell'immobili della

comunione, nè della totalità o di una quota della sostanza *mobiliare*, eccetto che per dare uno stabilimento ai figli comuni.

Non ostante può disporre a titolo gratuito e particolare, degli effetti mobili a vantaggio di qualunque persona, purché non se ne riservi l'usufrutto.

* Il nostro art. 1396 è così concepito:
« Il solo marito amministra i beni della comu-

nione. »

1423 (1404 M).—La donazione fatta dal marito per atto di ultima volontà non può eccedere la parte che gli spetta nella comunione.

Se in questa forma ha donato una cosa della comunione, il donatario non può pretenderla in natura, se non nel caso in cui per accidentalità della divisione, la cosa

donata cada nella quota pervenuta agli eredi del marito; se l'effetto non cade nell'indicata quota, il legatario riceve lo equivalente dell'intero valore dello effetto donato, sulla parte spettante agli eredi del marito nella comunione e sopra i beni particolari di quest'ultimo.*

SOMMARIO

- I. Il marito è l'amministratore dei beni comuni, con poteri quasi illimitati, cum liberà.*
- II. Oggi però il suo potere cessa per l'alienazione gratuita fra vivi; e la donazione da lui fatta, anche col consenso della moglie, sarebbe nulla: controversia.*
- III. Vi ha una prima eccezione per il collocamento di un figlio comune. In tal caso potrà anche il marito dare tutti i beni comuni: errore di Duranton. Egli non lo può con una istituzione contrattuale.*
- IV. Il marito, per un'altra eccezione, è libero di donare, a chiunque voglia, beni mobili e particolari, purché non se ne riservi l'u-*

sufrutto.

- V. Oltre queste due eccezioni, saranno nulle, rispetto alla moglie, le donazioni; però son valide rispetto al donatario e al marito donante, potendo eseguirsi per equivalente sui beni di lui.*
- VI. Il legato fatto sopra i beni comuni dal marito, per ciò che ecceda la sua parte della comunione, si adempirà sopra i suoi beni (distrazione di Troplong). Secus per quello fatto dalla moglie che resterà inefficace per tutto ciò che ecceda la porzione di lei: controversia.—La regola è la stessa per la istituzione contrattuale.*

I. — Il marito è per natura il gestore della società conjugale, l'amministratore assoluto della comunione, e tale è in fatti secondo l'art. 1421 (1396 M).

Egli solo in conseguenza, per rispetto ai beni comuni, può intentare le azioni o rispondervi, ricever somme o intimidazioni; ed a ragione una decisione di Bourges (del 18 giugno 1839) dichiarò nulla la notifica, che l'acquirente di un credito, di cui la moglie era debitrice prima del matrimonio, ma rientrato poi nella comunione, fece a lei e non al marito.

L'amministrazione del marito non è pari a quella degli altri amministratori ordinari.

L'autorità naturale e legale di cui è investito per la confidenza che si ripone nella sua qualità, gli han fatto attribuire tanto nell'interesse della moglie e dei figli, che in considerazione di lui, poteri quasi illimitati e uguali a quelli di un esclusivo proprietario dei beni; e non solo può egli

fare senza alcuna condizione nè formalità i compromessi, le transazioni, o tutti gli atti pei quali si prendono di ordinario certe precauzioni; ma può bensì di suo proprio volere, e senza il concorso della sua comproprietaria ipotecare i beni comuni, imporgli servitù, venderli o altrimenti alienarli a titolo oneroso. La moglie, benchè comproprietaria, non può esercitare alcun dritto d'opposizione o di censura; il legislatore che non poteva abbandonare la comproprietaria allo arbitrio di un marito dissipatore, non altro dritto le ha conferito che di far dichiarare la separazione dei beni a causa della cattiva amministrazione del marito.

Tranne adunque le alienazioni gratuite che in generale gli sono interdette, e la separazione dei beni con cui la moglie pone fine alla comunione, ha il marito sui beni comuni i dritti medesimi che sui personali. Un potere sì esteso del marito esprime

* Il corrispondente art. 1404 è così concepito:
« La donazione fatta dal marito per atto di ul-

tima volontà non può eccedere la parte che gli spetta nella comunione ».

con dire esser lui amministratore *cum libera potestate*, o sottintendendo spesso l'ultima parola *amministratore cum libera*.

II.—Un potere sì grande del marito non si estende però alle alienazioni gratuite. Era altrimenti una volta: il più delle Consuetudini, specialmente quella di Parigi, coll'art. 225, permettevano al marito le disposizioni gratuite e quelle a titolo oneroso. Ma il nostro moderno legislatore ha ragionevolmente pensato che negli estesi limiti della maritale amministrazione, non si doveva aggiungere il dritto di donare a puro dono, dappoichè donare vale perdere, e non amministrare. Non può dunque il marito fare dei beni della comunione liberalità fra vivi. La donazione per testamento che diventa atto di disposizione alla morte del disponente, e quando si scioglie la comunione, potrà farsi non solo dal marito, come vedesi nell'art. 1423 (1404 M), ma anche dalla moglie come ora noi diremo, salvo una differenza.

Il divieto s'applica dunque alle disposizioni tra vivi, secondo dice l'art. 1422 (T); ma quale ne è il senso? Queste disposizioni son esse assolutamente interdette al marito, o lo sono perchè senza il volere della moglie, in modo che questa aderendovi potrebbe egli far qualunque donazione? Punto delicato e controverso; ma non ostante le contrarie autorità crediam noi che sia assolutamente interdetto (1).

Come e in qual modo il concorso della moglie potrebbe render valida la gratuita alienazione? Forse perchè la moglie dichiarando consentire all'alienazione fatta dal marito, può far cessare l'incapacità di questo e renderlo abile a compire l'atto proibito dalla legge? No. Da una parte una

vera autorizzazione darebbe il marito ottenere dalla moglie, ed una tal domanda ripugna alla qualità di marito, di capo della comunione, ed a tutti i principi della nostra materia. Dall'altra parte, la nostra proibizione ha per fine di proteggere la proprietà della moglie contro le abusive disposizioni del marito; or dichiarandosi valida la disposizione, previo il permesso della moglie, verrebbe meno la protezione, dappoichè la dipendenza della moglie e i grandi poteri del marito non permetterebbero a quella di negare la chiesta autorizzazione. Un marito, a mò di esempio, che vorrebbe far consentire la moglie a donargli l'uno degli immobili comuni, potrebbe minacciarla di punire il suo negu vendendo due o tre di quegli stessi immobili per dissiparne il prezzo, e la moglie dovrebbe dare il voluto consenso... Ci si dirà che il concorso della moglie debba intendersi altrimenti; che nel mentre il marito (non più come amministratore di tutta la comunione, secondo le regole speciali del nostro capitolo, ma secondo i principi generali, e quale proprietario della metà dei beni comuni) donerebbe la sola metà dell'oggetto di cui si vuol disporre, la moglie interverrebbe per donare l'altra metà, e così la donazione si farebbe non dal marito autorizzato dalla moglie, ma dall'una e l'altro disponendo entrambi, ognuno per la sua parte, di ciò che loro è proprio?

Ma ciò sarebbe impossibile, perchè contrario al fine dell'art. 1422 (T), dappoichè la protezione data alla moglie sparirebbe con tal mezzo come col precedente; impossibile per parte della moglie, perchè essa non può affatto disporre dei beni comuni; impossibile anche per parte del marito, dap-

(1) Conf. Huetière e Paolo Pont (I-662); Odier (I-225); Devilleneuve (41, 3, 386); Giorgio Delisle (ibid.); Bourges, 10 agosto 1840; Caen, 3 marzo 1843 (Dev., 41, 2, 357; 44, 2, 386). Può considerarsi in questo senso una recente decisione, da cui risulta che la donazione tra vivi d'immobili dipendenti dalla comunione fatta dalla moglie non a figli comuni, come a un figlio d'uovo primo matrimonio del marito, è nulla perchè fatta coll'autorizzazione di questo. Rouai, 29 agosto 1845 (Dev., 56, 2, 39); Contr., Delvincourt (II); Duranton (XIV-

272); Zachariae (III, p. 437); Troplong (II-903); Poitiers, 10 giug. 1851; Riom, 5 gen. 1854; Parigi, 23 giugno 1819; Illeg., 5 febr. 1850 (Dev., 44, 2, 385; 49, 2, 554; 50, 1, 337). Nel rapportare quest'ultima decisione il compilatore fa una lunga citazione nei due contrari sensi, in pria del Commentario di Troplong, poi del nostro; e non ostante le ragioni del sapiente magistrato e l'autorità di tal decisione, si dichiara esser del nostro parere. Vedi pure Ricorso; 16 febr. 1852 (Devilleneuve, 53, 1, 18).

poichè la sua incapacità di gratuitamente disporre, esiste anche per la sua metà, nell'oggetto donato, come per l'altra metà, e non sarebbe tolta dalla donazione che fa (anche inutilmente) la moglie.

Il marito è il capo della comunione; sono a lui devoluti tutti i poteri, quanto ai beni comuni; da lui solo può esser fatto ciò che si può, e quel che non può fare è impossibile a farsi; quando adunque si dice che il marito non può in principio donare i beni comuni, ciò vale che in principio i beni comuni non possano essere donati. O rapportandosi al testo dei nostri articoli, o ricorrendo ai lavori preparatori, il sillogismo sarà sempre lo stesso; veruna disposizione di beni comuni può farsi se non dal marito, ora egli non può disporre gratuitamente, dunque in principio la disposizione gratuita è assolutamente interdetta (Vedi Fenet, XIII, p. 721).

III.—L'art. 1422 (T) fa due eccezioni al principio, che i beni comuni non passano alienarsi a titolo gratuito: 1° può il marito fare ogni donazione che vi crede giusta se la riguarda il collocamento di un figlio comune; 2° può anche donare a qualunque persona, allorchando in disposizione abbia per oggetto beni mobili donati a titolo particolare, e purchè non se ne riserbi l'usufrutto.

E per il collocamento, o per il matrimonio o per altro di un figlio comune, il marito può donare quel che vuole dei beni comuni. In questo caso la moglie non avrebbe da lagnarsi, essendo la donazione l'adempimento d'un dovere che la natura impone sì a lei che al marito. La legge non restringe punto la sua disposizione (1).

In vano Duranton (XV-281, ediz. del 1844) combatte vivamente e a lungo la decisione, con cui la Corte suprema ha così giudicato, pretendendo che anche in questo caso il marito non possa donare i beni comuni in intero, e a titolo universale. Indarno

egli oppone che una moglie che non ha beni propri, sarebbe ridotta misera da tale disposizione. Dappoichè da una mano potrebbe la comunione avere beni mobili, e ben sa Duranton, che nonostante il danno che potrà ricaderne sulla moglie, può il marito disporre di tutti i mobili che costituiscono la comunione. D'altronde il potersi assorbire d'un tratto per opera di lui tutta la comunione, non esiste forse oltre il caso di cui trattiamo? Non potrebbe il marito vendere in danaro contante tutta la comunione e sprecarlo al ginoco? Siccome la legge non pon freno alle alienazioni fatte a titolo oneroso, non restringe nè anco le alienazioni gratuite pel collocamento dei figli. Nell'un caso come nell'altro essa riposa sul buon senso del marito, ed il solo mezzo onde garantirsi per l'avvenire, se il marito abusasse, sarebbe la separazione dei beni. Ma fino a tanto che havvi comunione, il dritto del marito è assoluto in questo caso particolare come in tutti gli altri per le alienazioni a titolo oneroso: volerlo restringere varrebbe arbitrare e corregger la legge, invece di spiegarla (2).

Se però su tal punto siamo del parere della Corte suprema, non sapremmo spingerci con essa, ed ammettere colla decisione del 1844, che il marito possa disporre di tutta la comunione, non solo con donazione tra vivi propriamente detta, ma anche con donazione a causa di morte, o istituzione contrattuale. Il marito può disporre durante la comunione dei beni al presente comuni, a suo piacimento; e rientrano i suoi poteri nei limiti del dritto comune ove disponga per il tempo della sua morte, cioè quando non vi sarà più comunione, non più beni comuni, ma solo beni personali ad ogni coniuge, od ai suoi eredi. Dovendo l'istituzione contrattuale, pari ai legati, avverarsi dopo la morte del disponente, non può farsi dal marito, e quindi come i legati (art. 1423 (1404 N))

(1) Rig., 2 genn. 1844 (Dev., 44, 1, 9). Ma la proibizione dell'art. 1422 (T) essendo in termini generali, ne segue che ella chiama nulla la donazione d'immobili fatta dal marito non pel collocamento dei figli comuni, ma in vantaggio del suo

figlio avuto da un precedente matrimonio. quand'anche la donazione fosse a titolo di costituzione di dote. Cass., 4 ag. 1855 (J. P., 1856, 1. 1. p. 529).

(2) Conf., Dev. (loc. cit. cit.); Paolo Pont e Rodière (1-664); Troplong (1-902); Rig., 2 gen. 1844 (Dev., 44, 1, 9).

che per la sua parte di comunione... Vedete i risultamenti che qui darebbe l'istituzione contrattuale. Se la comunione si scioglia o per la morte della moglie, o per separazione di persona o di beni, o in altro modo che non sia per la morte del marito, a chi in tal caso andrebbe la metà della comunione che senza l'istituzione sarebbe appartenuta alla moglie? Non a questa, dappoichè a causa dell'istituzione di tutti i beni comuni, se la fosse valida, la moglie non ha più nulla a pretendere dalla sciolta comunione; non al marito, poichè questi non può, a meno che la moglie rinunzi (e noi noi supponiamo) conservare dopo lo scioglimento tutta la comunione, ma solo la sua metà; non infine al donatario, perchè soltanto alla morte del marito donante deve effettuarsi la donazione, e svanirebbe il dritto, quand'anche il donatario morisse senza discendenti (articolo 1089 (1044)). A chi dunque apparterrebbe questa metà?

Non è ella falsa la via che s'imprende nell'ammetter valida l'istituzione contrattuale dei beni comuni?

Ad onta la decisione della camera dei ricorsi, e seguendo l'affermazione (molto laconica come spesso inesatta) di Zachariae (III, p. 439) è forza riconoscere che le istituzioni contrattuali, o donazioni di beni futuri son regolate non dall'art. 1422 (T) ma dal 1423 (1404M), e chesoltanto per donazione tra vivi ordinaria e propriamente detta, cioè di beni presenti, può il marito pel collocamento d'un figlio comune donare quel che gli piacerà ed anche tutta la comunione.

IV.—Non è surto dubbio veruno sulla seconda eccezione che riguarda il divieto delle alienazioni gratuite. Il marito può donare a chi si vuole i suoi beni mobili; la legge però, onde rendergli difficili queste sorta di liberalità, gli vieta di fare, con riserva di usufrutto, alcuna donazione di cui solo i suoi eredi e la moglie risentiranno la perdita, e vuole che egli dia in piena proprietà, onde soffrirne solo il danno ed essere meno propenso a donare. Così, tranne si dovesse collocare un figlio co-

mune, il marito non potrà donargli nè tutta la comunione nè tutti insieme gl'immobili, nè un immobile particolare, nè tutti i mobili; ma solo un bene mobile particolare, una suppellettile, un credito, un capitale, una rendita, ecc. senza potersene riservare lo usufrutto.

Oggi però che i mobili hanno acquistato una non lieve importanza, la eccezione imbarazza non poco. Pare strano inverò che il marito, cui si nega di poter dare una casuccia che valga 100 fr., possa poi donar 100,000 fr., di rendita sullo Stato. Quanto non sarebbe stata più esatta, a nostro parere, una disposizione conforme a quella dell'art. 1083 (1038) che gli permette solo di donar cose di poco valore?... Ma *statuit lex*.

Queste donazioni che possono farsi in prò di chiunque, non si potranno a favore di un figlio avuto da un precedente matrimonio per il suo collocamento; poichè in tal caso, benchè quelle sieno valide, la comunione però avrebbe dritto al compenso secondo l'art. 1469 (T), e il marito che avea l'obbligo di collocarlo, soddisfa un debito personale sui beni comuni.

V.—Dicendosi che le donazioni di beni comuni fatte dal marito, tranne le due eccezioni spiegate, sono nulle, non dee intendersi ciò in un modo assoluto: esse non avranno efficacia solo in faccia alla moglie; ma si repoteranno come non avvenute e da non eseguirsi, solo per la parte di comunione che spetta a lei o ai suoi eredi ove accettino; potendosi eseguire direttamente, o per equivalente, sopra la parte della comunione del marito e sopra i suoi beni personali.

Così facendosi la donazione, benchè abbia per oggetto tutta intiera la comunione, rimarrà efficace, finchè questa duri, poichè allora la moglie perderà la sua parte delle rendite dei beni donati, di cui potea disporre a titolo gratuito il marito, secondo la eccezione spiegata. La donazione sarà definitivamente valida, se allo scioglimento la moglie o i suoi eredi rinunciano alla comunione, poichè allora i beni che questa componevano diventano beni personali del

marito, il quale donandoli dispone della cosa sua. Che se la moglie accetta, la donazione è nulla per lei, la comunione si divide come se quella non avesse avuto luogo. (eccezione per le rendite di beni donati come si è detto) e la moglie prende la sua porzione nelle mani del donatario, come la prenderebbe nella casa se non ne fosse uscita. Ma il donatario non perde nulla, poichè riprende lo equivalente della porzione che restituisce alla moglie, o sulla porzione del marito nei beni comuni, che sono sopravvenuti dal giorno della donazione allo scioglimento, o sui suoi beni propri.

A primo aspetto può far meraviglia che il donatario abbia un regresso sugli altri beni del marito, un dritto di escenzione indiretta e con equivalenti; ma facilmente ciò si spiega o si prova. Si spinga combinando queste due idee, che per rispetto alla moglie il marito è un comproprietario che colle sue donazioni non può annullare la comproprietà di lei, ma che rispetto ai terzi egli deve tenersi come proprietario unico della comunione, e le sue donazioni di beni comuni sono efficaci e si eseguono su tutto il suo patrimonio. Si prova poi colla disposizione dell'art. 1423 (1404 M) il quale tuttochè dichiara che il marito possa disporre per testamento della sua porzione di comunione, permette che il legatario si ristori sugli altri beni di lui di quei valori legati che gli furono tolti perchè parte della porzione della moglie. L'argomento qui è *a fortiori*, poichè se il marito ha pienissima libertà di disporre dei beni comuni (per rispetto ai terzi) anche non ha testamento che deve

eseguirsi dopo cessata la sua autorità, con più ragione dev' essere il medesimo per una donazione fra vivi che si è compiuta essendo egli nel pieno esercizio della sua autorità, e si è eseguita da più o men lungo tempo quando la comunione si scioglie.

VI. — Dal fin qui detto spiegasi il principio dell'art. 1423 (1404 M). Il marito non può mai disporre per testamento che della sola parte dei suoi beni comuni, perchè esso è un atto che ha efficacia dopo la morte del disponente, quando non vi sarà più comunione; cotachè egli disporrebbe dei beni presentemente comuni, per il tempo in cui essi saranno beni suoi personali. Qui dunque non entrano più le due eccezioni ammesse per le donazioni fra vivi; e quand'anche si dovesse collocare un figlio comune (il che non potrebbe avvenire per testamento, ma per la istituzione contrattuale che segue la medesima regola) o si disponesse di un bene mobile e particolare, la liberalità sarebbe sempre efficace sulla parte dei beni comuni che nella divisione apparterranno alla moglie.

Intanto, e sebbene giusta questo principio combinato con quello dell'art. 1021 (975) (con cui si dichiara nullo il legato della cosa altrui) il testamento del marito dovesse rimanere inefficace per gli oggetti che nella divisione spetterebbero alla moglie, la legge, avuto riguardo che il marito suol trattare i beni comuni come se gli fossero propri, prescrive che il legato fatto da lui si eseguirà sopra gli altri beni del testatore prendendone il legatario il valore delle cose legate che gli vien tolto dalla moglie (1).

Applicandosi cotesta idea è da decidersi

(1) Cotesta idea non è certamente dubbia (essendo *direttamente* dichiarata dal testo del nostro articolo), e fa molta meraviglia che Troplong (II-912) ne faccia una quistione, e quel che è più, molto delicata. Il detto magistrato domanda (assolutamente, come se nulla ne dicesse la legge) se il legatario dell'eredità comune legato dal marito, e che spetti alla moglie, potrà domandar compenso dagli eredi del marito. Porge dapprima le ragioni per il no; svolge poi, e più a lungo, quelle per il sì, aggiungendo però che siffatte ragioni, più di preponderanti, non lo sono sotto il Codice Napoleone, e che Vinnio non le avrebbe trovate

plausibili. Conchiude che Voet, il quale ammetteva il sistema di Vinnio, faceva eccezione per il caso nostro, e dà ad intendere, ma non osa dirlo, che il dritto al compenso, non certo, ma gli pare almeno più probabile. Ma ciò che significa, quando l'articolo a chiare note dice che in questo caso il legatario riceve l'equivalente dell'intera valore dell'eredità donata, sulla parte spettante agli eredi del marito nella comunione e sopra i beni particolari di quest'ultima? Come spiegare siffatta disposizione? Ma ci sorprende ancor più che Troplong, discutendo cotesto che egli chiama quistione, taccia intorno a quistioni molto

che ove il marito avesse legato tutti i beni comuni, il legatario potrebbe farsi sempre rilasciare sui beni propri di lui il valore della metà della comunione tolta dalla moglie. Il testo parla solo del legato d'uno oggetto particolare; ma siccome è uno in tutti i casi il principio, e il testo faculta il regresso del legatario, non solo sulla parte dei beni comuni spettanti a lui, ma perfino sui suoi propri, il regresso esisterebbe certamente e per il legato fatto a titolo universale, e per quello di effetti particolari.

Zachariae (III p. 439, nota 10); Duranton (XIV-280) e Rodière e Paolo Pont (I-671) insegnano doversi dire il medesimo per il legato di beni comuni fatto dalla moglie; ma a sentimento nostro la è una idea inesattissima.

I nostri art. 1421, 1422, 1423 (1396 M, TT), l'ultima, non meno che i due primi, derogano al dritto comune. La disposizione che dà effetto (per rispetto ai terzi) al legato fatto dal marito di beni comuni che non entrano nella sua porzione, è un'eccezione ai principi generali, del pari che quelle secondo cui il marito può donare fra vivi questi medesimi beni con certe condizioni, ed alienarli, come gli talenta, a titolo oneroso. Privilegi derivanti a lui dalla sua qualità di capo supremo della comunione, di amministratore che è pari ad un esclusivo proprietario; quindi la moglie non può allegare nè l'art. 1423 (T) nè gli art. 1421, 1422 (1396 M, T). I nostri legislatori, come ben si comprende, han declinato dal principio della nullità del legato della cosa altrui per il marito autorizzato e solito a padroneggiare i beni della comunione, ma non già assolutamente e per rispetto alla moglie di cui debbono qui osservarsi i dritti, ma per rispetto al legatario al quale permisero di prendere sugli altri beni del marito lo equivalente di ciò che gli fu legato e che spettò alla moglie. Ciò era per loro più naturale, per-

chè vedevano anche più ristretti i poteri che aveva il marito nell'antico dritto: « il dritto consuetudinario, dice il rapporto al Tribunale, gli dava la facoltà di dare tutti i beni mobili ed immobili o con atto fra vivi o con testamento ». (Fenet, t. XIII, p. 720). Ma per la moglie non era così; non poteva quindi parer duro che ella potesse testare dei beni della comunione giusta i principi generali, mentre non può affatto disporre di essi; e conosce qual grande differenza interceda fra essi beni comuni e i suoi propri, nè può mai dimenticarsi che ella può disporre, quando sciolta la comunione, ne accetti solo la metà. Può dunque il testamento della moglie essere efficace unicamente secondo il dritto comune, e non secondo il privilegio dello art. 1423 (T).

Posto ciò, se la moglie dichiara di legare in generale la sua parte di beni comuni o una frazione di essi, o se abbia disposto di beni determinati che entrano poi nella sua porzione, il legato sarà validissimo; ma se ella ha legato o i due terzi, i tre quarti, o tutta la comunione, ovvero beni particolari che non le spettano, il legato è nullo, giusta l'art. 1421 (1396 M) per lo eccesso della sua porzione.

Ricordiamo che il fin qui detto pei legati si applica similmente alle donazioni di beni futuri, e che la regola diversa dell'art. 1422 (T) è propria per le donazioni fra vivi propriamente dette, cioè di beni presenti. Così da una parte, il marito non può, nemmeno per collocare figli comuni o per dare mobili particolari, disporre con una donazione di beni futuri (nè quindi di beni presenti e futuri) di cose che entrino nella porzione della moglie (salvo al legatario di prendere lo equivalente sugli altri beni del marito); d'altra parte, la moglie può disporre della sua porzione e con donazione di beni futuri e con testamento, autorizzata nel primo caso, ma non già nel secondo.

Imbarazzanti, e massime se debba applicarsi anche al legato della moglie ciò che dice il nostro ar-

ticolo del legato del marito.

1424, 1425, 1426, 1427 (TT, 1397, sopra spiegati in seguito dell'art. 1420 1398). — Questi quattro articoli sono più (T).

§ 2. — Dell'amministrazione dei beni propri.

1428 (1399). — Il marito ha l'amministrazione di tutti i beni della moglie.

Può esercitare egli solo tutte le azioni su' beni mobili, e le azioni possessorie che appartengono alla moglie.

Non può alienare gl'immobili particolari, della moglie senza il di lei consenso.

È tenuto per qualunque danno avvenga a' beni particolari della moglie per mancanza di atti di conservazione.

SOMMARIO

I. L'amministrazione dei beni della moglie è affidata al marito. Egli, sotto questo rapporto, sarà un semplice amministratore ordinario. Avrà tutte le azioni mobiliari; ma, per gl'immobili, potrà solo agire nel possessorio: controversia. — Del resto queste azioni affidate al marito, potranno, ove occorra, esercitarsi dalla moglie autorizzata dal magistrato.

II. Il marito non potrà alienare nè gl'immobili della moglie, nè i mobili che costituiscono beni propri perfetti.

III. La moglie in comunione potrà rivendicare gl'immobili alienati dal marito solo in metà. Si rigettano i due sistemi contrari.

IV. Il marito, nella qualità di amministratore, dovrà rispondere della conservazione dei beni della moglie; egli specialmente dovrà fare eseguire le riparazioni non ordinarie, ed interrompere le prescrizioni. Ma se la moglie accetta la comunione, potrà domandare una metà del ristoro.

V. Rimando dei beni donati alla moglie, con condizione che si amministrino da lei stessa.

I. — Il marito sotto la regola di comunione legale, come sotto qualunque altra, ritiene l'amministrazione dei suoi beni personali. La moglie invece con la perdita del godimento dei suoi beni propri, quali vanno nella comunione, ne perde anche l'amministrazione affidata al marito con quella dei beni comuni (1). Ma i dritti del marito amministratore non sono presso a poco i medesimi sui beni propri della moglie, come sui beni comuni; e nel mentre per questi ultimi ha poteri quasi illimitati e somiglianti a quelli di un proprietario esclusivo, ha per gli altri quelli di un amministratore ordinario della cosa altrui.

Il nostro articolo dunque dà al marito l'esercizio di tutte le azioni mobiliari (2), ma fra quelle immobiliari egli può intentare le possessorie, non già le petitorie. In una causa adunque relativa ai mobili propri della moglie, potrà il marito intentare

l'azione, o difendersi senza il concorso della moglie, e quel che sarà giudicato per o contro di lui, lo sarà parimente per essa. Per gl'immobili sarà lo stesso nel possessorio; ma se la questione sarà di proprietà, il marito non potrà più introdurre l'azione, nè rispondervi. Vero che Toullier (XII-384), dopo lui Battur (I-552) e una decis. de'ricorsi (del 15 maggio 1832) negano quest'ultima idea, e danno al marito anche nel petitorio, il dritto di agire per la moglie; ma è questo un errore.

Vano è il dire di Toullier che il testo della legge non nega al marito le azioni petitorie, e che su ciò si tace; dappoiché trattandosi di dritti che appartengono in proprio alla moglie, il marito non può esercitare il tale o tal altro se non perchè il testo glielo permetta, e non già perchè non glielo neghi; la camera dei ricorsi contraddice la sua prima idea in una decisione

(1) Paolo Pont e Rodière (tom. I, n. 673); Troplong (tom. II, n. 973).

(2) E con più ragione ha egli il dritto di mettere mano ai capitali mobiliari della moglie. An-

gers, 29 genn. 1842; Rig., 25 luglio 1843 (Dev., 42, 2, 424; 51, 1, 258). Sic Rodière e Paolo Pont (tom. I, n. 679).

posteriore in cui giudica non potere il marito fare in un incanto un'offerta maggiore in nome della moglie, perchè ciò lo trarrebbe allo acquisto della proprietà, se non si faccia altra maggiore offerta. Il più degli scrittori riconosce del pari non avere il marito capacità di agire pel petitorio (1).

Ben si vede che solo per la nuda proprietà il marito sia incapace, e che possa agire in petitorio anche per gl'immobili della moglie in quel che riguarda l'usufrutto di essi; ma allora non più qual amministratore dei beni della moglie egli agisce, bensì qual capo della comunione usufruttuaria dei beni propri dei coniugi.

Ma non perchè può il marito esercitare le azioni mobiliari o possessorie della moglie, deve inferirsi che questa non potrebbe da per sé esercitarle. Se il marito si ricossa d'intentare la tale azione, non vi è ragione perchè la moglie non possa farlo coll'autorizzazione del magistrato: trattasi di conservare il patrimonio della moglie, e non si può volere ch'ella si appagli di potere un giorno ricorrere contro il marito e forse illusoriamente, nel mentre ha un mezzo tanto semplice per prevenire il danno che la minaccia.

In una causa sostenuta dal marito, ella ha sempre diritto ad intervenire, per tema che questi si colluda o pecchi di trascuranza: come dunque non riconoscere che ella abbia il diritto di fare da sé quando il marito si neghi?

Il nostro testo non si oppone a tal soluzione, dicendo che le azioni di cui è parola possono essere esercitate dal marito, senza dire in alcun modo che esse lo debbano (2).

II.—Sendo il marito un semplice am-

ministratore, non potrebbe affatto alienare i beni propri della moglie. Può ben egli alienare il diritto di godimento di questi propri, che non appartiene più alla moglie, ma alla comunione: il marito può dunque disporre come di tutti gli altri beni comuni, e sarebbe del tutto valida la concessione che ci farebbe (a titolo oneroso o a titolo gratuito nei limiti della legge) su di un'immobile personale della moglie, di un usufrutto che dee cessare sciolta che sia la comunione (3).

Ma se egli può, non più quale amministratore dei beni propri e secondo il nostro art. 1428 (1399), ma qual capo della comunione e secondo gli art. 1421-1422 (1396 M. T), alienare l'usufrutto dei beni della moglie, non può mai alienare gli stessi beni, cioè trasmettere ad altri (*alienum facere*) nè il dominio, nè parte alcuna di esso (4).

Benchè il nostro articolo parli solo degli immobili, l'incapacità di alienare si applica pure ai beni propri mobiliari della moglie. I mobili detti ordinariamente propri, che lo sono impropriamente parlando, e chiamati da noi propri imperfetti, potranno essere alienati dal marito, perchè come si è visto, essi non sono realmente propri, e quel che è tale non è la cosa ma semplicemente il credito che ha per oggetto o una cosa simile alla prima o un denaro che rappresenta il valore di essa: in tal caso la comunione, per mezzo del suo debito verso la moglie, è proprietaria del bene mobile chiamato imperfettamente proprio, ed il marito quindi può disporre come di ogni altra cosa comune. Ma dei mobili che costituiscono i propri perfetti, il marito non può certamente disporre; ed

(1) Rig., 16 dic. 1810 (Dev., 41, 4, 237); Duranton (XIV-316); Glandaz (n. 235); Zachariae (III-p. 442); Orlèr (I-273); Rodière e Paolo Pont (I, 681).

(2) Conf. Duranton (XIV-317); Orlèr (I-272); Rodière e Paolo Pont (I-681); Duvergier, sopra Toulhier (XII-383).

(3) Similmente può il marito consentir da sé, e senza il concorso della moglie, lo scioglimento del fido di un immobile a questa personale, e che abbia ancora la durata di quindici anni, trasgendo

intorno una difficoltà insorta fra la moglie e il locatario, non essendo cioè fuori i poteri dell'amministratore. Parigi, 26 aprile 1850 (Dev., 51, 2, 296).

(4) La vendita da lui consentita è talmente nulla, che l'acquirente non potrebbe intervenire alla divisione della successione da cui dipendeva l'immobile, nè qual proprietario di esso, poichè il marito non ha potuto conferirgli alcun diritto, nè qual ereditore del marito, a causa di danni-interessi che egli potrebbe ripetere da lui per la nullità della vendita (Rig., 10 giugno 1841; Dev., 44, 1, 113).

a torto parecchi scrittori antichi e moderni hanno assolutamente ammesso e senza tal distinzione, che il marito possa alienare (1).

Che invocare infatti per istabilire tal preteso dritto del marito? Si dirà forse che il nostro articolo proibendo al marito di alienare gl'immobili propri della moglie, non parli dei mobili? Ma il suo silenzio si spiega chiaramente col dire che essendo i mobili propri, sotto la comunione legale, un'eccezione, appare chiaro il perchè il legislatore non vi ha punto badato. Si dirà forse che potendo il marito intentare tutte le azioni mobiliari della moglie, potrà anche alienare tutti i di lei mobili? Ma quest'argomento è mal fondato: il dritto d'intentare un'azione non include quello di disporre dell'oggetto di essa azione; poichè se il tutore autorizzato dal consiglio di famiglia può intentare un'azione immobiliare (art. 464 (387)), non potrà egli con questa semplice autorizzazione alienare un immobile (art. 457 (380)).

Si faranno scudo da ultimo, come specialmente fa Troplong, dell'art. 1503 (T)? Ma questo articolo, fatto per il caso in cui i coniugi dichiarino di mettere in comunione i loro mobili fino alla concorrenza d'una determinata somma, ritenendo il di più in proprio, dichiara che ciascun coniuge allo scioglimento può riprendere il valore che ha il suo mobile oltre la somma da lui promessa; or poichè il di più si può riprendere non in natura, ma solo per equivalente, la comunione, pagando il compenso, sarà proprietaria dell'intero mobile, quantunque i coniugi se ne sieno riservati una parte. Ma non v'è punto analogia fra i due casi: se il coniuge, anzi-

chè dare alla comunione una somma, le dà i suoi mobili fino alla concorrenza, la comunione potrà venderli per ricavare la somma, salvo a dar conto del di più del valore che ne abbia ritratto; ma se non si vaglia mettere in comunione puramente e semplicemente il tale o tal'altro mobile, non v'ha motivo per cui quella possa disporne.

È necessario adunque ritornare al dritto comune, giacchè nessun testo speciale vi deroga, ed applicare i principi generali, secondo cui non si può alienar cosa senza il volere del proprietario, il che sorge abbastanza chiaro dallo art. 818 (737), il quale nega al marito, sì pei mobili che per gl'immobili, l'azione di divisione delle eredità pervenute alla moglie, quando non devono entrare nella comunione. È questa infatti la dottrina del più degli scrittori, consacrata dalla Corte suprema, e alla quale si attenne al 1839 la Corte di appello di Parigi, dopo averla rigettata al 1837 con due decisioni del 21 gennaio, e 15 agosto (2).

III. — Si è molto controverso, sì dagli antichi scrittori che dagli interpreti del Codice, sui dritti che allo scioglimento della comunione spettano alla moglie, cui è stato alienato un immobile dal marito, quando essa accetta la comunione. Se la moglie vi rinunzia, tutti son d'accordo che la possa rivendicare il suo immobile; ma se accetta, soggiacendo così per metà alle obbligazioni della comunione, avrà ella ancora lo stesso dritto?... Intorno a ciò vi ha tre sistemi.

Un primo sostenuto da Pothier (che lo abbandonò poi), e seguito dopo il Codice da Toullier e da altri scrittori (3), inse-

(1) Lebrun (lib. 2, cap. 2, n. 3); Pothier (*Com.*, numero 325); Delvincourt (tom. III); Merlin (*Rep.*, alla parola *Realizzazione*, § 1, n. 4); Troplong (II, 982, e III-1936, 1937). Giudicato che la moglie non può pretendere il dritto di esercitare la ricupera in specie di un bene proprio, quando dalle clausole del contratto di matrimonio, sorge di dover lei esercitare la ricupera solo in valori. Rig., 25 febb. 1852 (Dev., 52, 1, 352).

(2) Toullier (XII-379); Duranton (XIV-318); Zachariae (III, p. 516 517); Championnière e Rigaud (IV-2896); Rodière e Pardo Pont (I-683 e II, nu-

meri 50 53); Odier (II-728); Duvvergier (sopra Toullier); Parigi, 23 febb. 1835; Parigi, 15 febb. 1839; Rig., 2 luglio 1840 (Dev., 35, 2, 68; 40, 2, 212; 40, 1, 887); Parigi, 3 genn. 1852 (Dev., 52, 2, 133). — Vedi intanto Ric., 25 luglio 1845 (Devill., 51, 1, 258).

(3) Pothier (*Vendita*, I-179); Prévot de la Janès (II-313); Toullier (XI-226); Dalloz (X, p. 262); Troplong (*Vendita*, I-463; e *Contratto di matrimonio*, II-730-733); Duvvergier (sopra Toullier, *loc. cit.*); Amiens, 18 giugno 1814; Bordeaux, 30 apr. 1844 (Dev., 44, 2, 536).

gna che la moglie può rivendicare solo la metà del suo immobile, poichè ella, divenendo per metà garante l'acquirente del danno cagionatogli dall'evizione, non può esercitar l'evizione per questa metà, giusta la regola *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio*.

Il secondo professato da Lebrun, Duranton, Paolo Pont e Rodière, ecc. (1), vuole che la moglie possa rivendicare l'intero, salvo a pagare all'acquirente la metà del prezzo di acquisto, e dei danni-interessi cui questi può aver dritto.

Il terzo, adottato dopo da Pothier, e sotto il Codice da Merlin (2), ammette parimente che la moglie possa rivindicare l'intero immobile, pagando la sua metà semplicemente del prezzo d'acquisto, non già dei danni-interessi, poichè secondo quest sistema son dovuti dal marito personalmente.

Il secondo di questi sistemi non può ammettersi, e si confuta da sè stesso.

Poichè delle due cose l'una: o si riconoscerà che la comunione deve garantire l'acquirente del danno dell'evizione, e allora si dovrà pure riconoscere, col primo sistema, che la moglie la quale accettando deve per metà, non potrà poi ripeterla; o si dirà che il marito è tenuto personalmente in faccia ai terzi, e allora siccome è vero che la moglie può rivendicare per il tutto, sarà vero parimente, secondo il terzo sistema, che essa non sia tenuta alla metà dei danni-interessi dovuti all'acquirente.

Pretender in una volta, come fanno Lebrun, Renusson, Duranton, Rodière e Paolo

Pont, ecc., che la moglie per la sua metà sia tenuta alle conseguenze dell'evizione, e che possa far nondimeno la evizione per l'intero, importa insegnare insieme il sì e il no. Dunque a ragione Pothier, notando la contraddizione di questo sistema di mezzo, lasciando il primo ha adottato il terzo; la scelta dunque dee cadere fra questi due.

Ma non ci par dubbio che debba seguirsi il primo. Infatti, se il marito ha venduto l'immobile della moglie come proprio di lei e agendo per lei, ovvero se lo ha venduto come suo, ma di buona fede, il debito di garanzia può ripetersi contro la comunione su cui definitivamente grava. Se il marito ha venduto l'immobile come suo di mala fede, e si è reso colpevole di stellionato (articolo 2059 (T)), la comunione allora è tenuta definitivamente per il prezzo della vendita, e il di più, cioè i danni ed interessi debbono pagarsi dal marito che li deve personalmente, poichè derivano dal suo delitto; ma non si dimentichi che anche allora, conforme all'articolo 1424 (T), deve pagare la comunione, salvo il compenso; il debito che è personale al marito nei suoi rapporti con la moglie è pur debito di comunione nei rapporti della moglie col creditore. Quindi in tutti i casi la garanzia è per rispetto agli acquirenti non dovuta dal marito, ma dalla società coniugale, di cui la moglie è tenuta per metà, non avendo rinunciato alla sua qualità di socia (3). È necessario pertanto attenerci al primo sistema.

Ma si dice, il marito così spoglierebbe indirettamente dei suoi beni la moglie e la

(1) Lebrun (Lih. 3, cap. 2, sez. 1, dist. 1); Renusson (part. 1, cap. 6, n. 64); Duranton (l. p. 576); Duranton (XIV-321); Zachariae (III, p. 450); Paolo Pont e Rodière (l. 686); Odier (l. I, n. 279 e seg.). — Zachariae cita Toullier, e Rodière e Paolo Pont citano Glandaz, siccome dello stesso sistema. Ma sì l'uno che gli altri vanno errati: Toullier sostiene il primo sistema ben a lungo e con molta energia, e Glandaz si appiglia al terzo.

(2) Pothier (Comm., n. 253); Merlin (Rep., alla parola *Communione*, § 3, num. 6); Battur (l. 308); Glandaz (n. 166); Toullier (l. V, p. 100).

(3) Glandaz con una nuova idea vuol combattere il primo, e sostenere il terzo sistema; ma tale idea

è tanto incerta, quanto sarebbe definitiva se vera. Egli non volendo riconoscere che la moglie la quale accetta sia pur tenuta al debito di garanzia, dice, non esser tal debito nemmeno per il marito; secondo lui l'acquirente si ritiene di pieno dritto e necessariamente con-cio che la cosa non appartenga al marito, egli è di necessità di mala fede, non potendosi mai ignorare la condizione di colui con cui si contrae. Questo preteso principio che renderebbe acquirenti di mala fede tutti coloro che acquistano a non domino, e toglierebbe di un tratto la prescrizione di dieci o vent'anni, non c'è bisogno che si confuti; la mala fede è una eccezione che dee positivamente provarsi.

alienazione di lui avrebbe effetto per metà; or la legge vuole assolutamente vietare ogni alienazione fatta senza il volere della moglie, tanto se avrebbe luogo indirettamente per effetto di una garanzia, quanto se deriverebbe da una concessione immediatamente valida: in breve non può mai avvenire con qualsivoglia combinazione che la moglie si veggia privata di un bene suo proprio senza il suo consenso. — La quale obiezione intorno a cui insistono specialmente Zachariae, Paolo Pont e Rodière e ne fanno la loro principale ragione, non è affatto soda. — Qualunque proprietario, fosse anche la moglie, non può in generale veder passare in altre mani i suoi beni senza la sua volontà: anco nel caso di espropriazione forzata la proprietà si perde per lo più per volontà del debitore, poichè contraendo questi un debito ha con ciò impegnati i suoi beni e consentito, chiedendolo il bisogno, ad esser venduti onde soddisfare il debito. Un bene proprio della moglie non può dunque esserle tolto senza la sua volontà; anche nel nostro caso eravi la volontà sua, dappoichè i beni le si ritolgono non per la alienazione fatta dal marito, bensì per l'accettazione della comunione con cui la moglie si è per parte sua spontaneamente obbligata a garantire. Se il marito non può nè direttamente, nè indirettamente alienare la cosa della moglie, non può lo zio alienare i beni del nipote, nè un amico quelli dell'amico; ma se mio zio dopo di aver venduto il mio immobile muore lasciandomi suo erede, o se il mio amico nella stessa ipotesi muore facendomi suo legatario universale, senza fallo accettando la eredità del primo, o il legato del secondo non potrà molestare il compratore, e così la moglie accettando la comunione si sottopone volontariamente per la metà sua all'obbligo di garanzia imposta su quella, e per ciò alla impossibilità di rivendicare.

Bisogna adunque attenersi al primo sistema, e le decisioni che conosciam noi aver trattato tal questione l'hau giudicata nello stesso modo. (Amiens, 18 ginc. 1814; Bourdeaux, 30 aprile 1834; vedi più sopra le note).

IV. — Incaricato il marito di amministrare i beni della moglie è tenuto conservarli, quindi dall'ultima disposizione del nostro articolo è dichiarato responsabile del deperimento cagionato da mancanza di atti conservatori tra i quali sono in primo luogo le riparazioni da fare e le prescrizioni da interrompere (1). Quanto alle riparazioni, quelle di manutenzione si fanno dal marito, non quale amministratore dei beni della moglie, ma come capo della comunione che li prende a suo carico, perchè usufruttuaria dei beni propr. Le straordinarie invece si fanno per conto della moglie, si pagano dalla comunione salvo il compenso, e debbono farsi eseguire a cura e responsabilità del marito amministratore.

Le prescrizioni secondo l'articolo 2254 (2160) corrono contro la moglie in comunione pei beni amministrati dal marito, come contro un proprietario capace; e secondo lo stesso articolo il marito che è obbligato interromperle, è responsabile ove elle mai si compiano. In sulle prime tale regola può sembrare rigorosa contro il marito per le prescrizioni che correvano da più di un anno, quando fu celebrato il matrimonio, non potendo essere interrotte che con un'azione petitoria; mentre poi le azioni possessorie consentite al marito, debbono intentarsi dentro non oltre l'anno del possesso. Ma siccome il marito deve agire nel petitorio, onde rivendicare alla comunione l'usufrutto degl'immobili della moglie posseduti ingiustamente da terzi, e così interromperebbe la prescrizione che corre contro la moglie, non eravi perchè togliere la responsabilità al marito per le prescrizioni anteriori al matrimonio. È chiaro che la rivendica dell'usufrutto farà cessare la

(1) Si è giudicato pure che il marito sia responsabile dell'impiego del denaro retratto dalla alienazione dei beni propr. della moglie, quando anche

questo sia stato fatto dalla stessa moglie, quale procuratrice del marito. Rig., 8 febr. 1853 (Dev., 53, 1, 425).

prescrizione, dovendo ella ammettersi sulla prova del dritto di proprietà della moglie. Ben vedesi come i danni-interessi dovuti dal marito per mancanza di atti conservatori, essendo debito della comunione, non può la moglie ottenerli per intero, che rinunziando: se essa accetta, il debito diventa in metà sua, e soltanto per l'altra metà può rivolgersi contro il marito o snoi rappresentanti.

V.—Si è già detto (art. 1389 (1343), n. VI) come la regola dell'amministrazione dei beni della moglie che può non essere tra coniugi (potendo la moglie separarsi di beni o avere parafernali) non sia d'ordine pubblico e possa esser tolta, per

qualcuno dei beni della moglie in comunione d'altronde, sia con una clausola del contratto, o per una condizione della donazione, che dà questi beni alla moglie. Non potrebbe darsi di certo a costei l'amministrazione dei beni, il cui godimento sarebbe del resto lasciato al marito, molto meno ad un terzo: sarebbe questo uno insulto alla dignità maritale e contro i buoni costumi. Ma essendo l'amministrazione riservata alla moglie insieme col godimento, non vi ha nulla d'illecito. Ritorniamo su tale idea combattuta da qualche giureconsulto, ma ammessa a ragione dal più degli scrittori e delle decisioni. (Vedi l'articolo 1543 (1356), III).

1429 (1400). — Gli affitti de' beni della moglie che il marito dà se solo abbia convenuti per un tempo più lungo di nove anni, nel caso dello scioglimento della comunione, non obbligano nè la moglie nè i di lei eredi, se non pel tempo che rimane a decorrere, sia del primo periodo del novennio, se non fosse ancora trascorso, sia del secondo, e così successivamente; di maniera che il fittajuolo non abbia se non il dritto di godere del fondo locato soltanto sino al compimento del pe-

riodo nel quale si trova.

1430 (1401). — Gli affitti de' beni della moglie per un novennio, o a minor tempo, che il solo marito ha convenuti o rinnovati più di tre anni prima di spirar lo affitto corrente, se tali beni sieno rustici, e più di due anni prima di detta epoca, se i detti beni consistano in case, non hanno veruno effetto: purchè non si sieno cominciati ad eseguire prima che si sciogliesse la comunione.

SOMMARIO

- I. Il fitto che fa il marito per più di nove anni obbliga la moglie per il tempo che resta allo scioglimento. Quello che farebbe il marito più di due o tre anni prima, obbliga la moglie se incominciato al tempo dello scioglimento.
- II. Quest'ultima regola si applica a tutti gli affitti, sorpassino o pur no i nove anni: errore di Proudhon. Viceversa, il fitto di di là di nove anni è sempre nullo quando non

incomincia pria dello scioglimento, quantunque fatto due o tre anni prima.

- III. La nullità può essere solo richiesta dalla moglie non dal fittajuolo. Se ambi i coniugi avessero consentito il fitto, questo sarebbe obbligatorio in qualunque ipotesi. Quando lo inadempimento del fitto, che si fa in contravvenzione ai nostri articoli dà luogo a ristoro?

I.—Non si potevano restringere alla durata della comunione i fitti consentiti dal marito sui beni della moglie, e quindi farsi cessare immediatamente per il suo scioglimento; in questo modo il marito difficilmente avrebbe trovato affittuari. Nè si poteva dichiarare obbligatorio per la moglie qualunque fitto consentito dal marito per

lungo che fosse. Si adottò un partito di mezzo nell'art. 1429 (1400), ed è che il fitto si facesse al più per nove anni. Se la durata è maggiore, la si divide in periodi di nove anni per uno (eccettone l'ultimo che può esser minore), e sciolta che è la comunione, continua il fitto per il tempo che resta del periodo in cui si tro-

va. Così un fitto di venti anni si divide in tre periodi, due di nove e l'ultimo di due anni: se la comunione si scioglie dopo dodici anni di godimento, lo affittuario continuerà ancora per sei anni; se la si scioglie dopo il primo anno di godimento, egli ne godrebbe ancora per otto anni.

Determinata la durata dei fitti, si doveva pure stabilire il tempo in cui si potessero rinnovare. Non si poteva dar facoltà al marito di fare un nuovo fitto molto tempo prima, poichè avrebbe potuto egli aggiungere in questo modo al primo affitto obbligatorio di nove anni, un secondo ed anche un terzo sottoscritti poco tempo dopo il primo, e legare così la moglie per diciotto o ventisette anni, eludendo la regola dell'art. 1429 (1400): ma non si poteva nemmeno pretendere che egli facesse lo affitto nell'ultimo momento. Quindi l'articolo 1430 (1401) gli permette di farlo due anni prima per le case, e tre per i beni rustici.

Messi in armonia i due articoli, sorge che la moglie o i suoi eredi possono essere obbligati dalla convenzione del marito per dodici anni che seguono lo scioglimento (se i beni sono rustici), ma non più. Se il fitto è stato consentito due anni prima (o tre secondo l'indole dell'immobile), è obbligatorio per la moglie in quanto la comunione si scioglia dopo spirati i due (o tre anni), e il fitto firmato troppo innanzi tempo stia per eseguirsi allo scioglimento; non bastando che allo scioglimento il fitto precedente debba continuare due o tre anni. La legge è formale, dichiarando che il fitto sarà inefficace in tal caso se sia consentito pria di sciogliersi la comunione.

II.—Dal perchè si parla di fitti di nove anni o al di sotto, vuol si inferire da Proudhon (III, n. 1213-1) che se il fitto consentito molto tempo innanzi fosse di oltre nove anni, rimarrebbe inefficace, sciolta la comunione, sempre e benchè fosse già in corso. Così un fitto di venti anni consen-

tito quattro anni prima e incominciato da un anno quando la comunione si scioglie, cesserebbe, secondo Proudhon, di essere obbligatorio per la moglie. Dottrina rigettata a buon diritto dagli altri scrittori, e dimostrata erronea dai nostri due articoli messi in rapporto. Il fitto allora si fa insieme, contro all'articolo 1430 (1401) perchè sottoscritto molto tempo innanzi, e all'art. 1429 (1400), perchè di una durata troppo lunga; ma siccome si passa sopra alla prima contravvenzione perchè il fitto si è eseguito prima dello scioglimento, così nella nostra ipotesi riman solo quella all'articolo 1429 (1400), secondo cui si dà effetto al periodo di nove anni, in cui la comunione si scioglie, d'onde il fitto che dura già da un anno al tempo dello scioglimento, sarà obbligatorio per la moglie per otto anni (1).

Ma che si deciderebbe se il fitto consentito secondo la legge due o tre anni prima, lo fosse per una lunga durata, e la comunione si sciogliesse pria che esso cominciasse? Si dovrebbe forse dichiarare del tutto inefficace verso la moglie o invece obbligatorio per nove anni? Il fitto si deve ritenere come non avvenuto per la moglie. In questo caso vero, osservandosi l'articolo 1430 (1401), e violandosi soltanto l'art. 1429 (1400), quest'ultimo si dee solo riguardare, come se l'altro non fosse. Or esso rende efficace il fitto consentito contro alla sua regola per nove anni *già incominciati* al disciogliersi della comunione, d'onde un fitto di altri nove anni, che non è ancora incominciato, non può obbligare per alcun tempo (2).

III.—Del resto i fitti consentiti contro ai nostri articoli si dichiarano inefficaci solo *per rispetto alla moglie* o suoi eredi, e nel loro solo interesse; quindi se essi vogliono eseguire il fitto consentito molto tempo innanzi o per una durata troppo lunga, lo affittuario non potrà pretendere sia esso nullo. Lo affitto è inefficace non assolutamente, ma per rispetto alla mo-

(1) Bellot (I, p. 497); Zachariae (III, p. 449); Troplong (*Locazione* I-152, *Contr. di matrimonio* II-229), Rodière e Paolo Pont. (I-696).

(2) Troplong non immorando in quest'idea riproduce anche la medesima dottrina (II-1028-1029).

glie, la quale secondo i suoi interessi, può farlo eseguire o pur disciogliere.

Dai nostri testi sorge del pari che la moglie può far sciogliere i fitti consentiti dal solo marito contro ai medesimi testi. Se lo sono stati da lui e insieme da lei, saranno pienamente obbligatori, qual che ne fosse la durata e il tempo in cui furono sottoscritti.

Osserviamo da ultimo che se lo affittua-

rio, di cui lo affitto consentito contro ai nostri articoi sia poi sciolto, fosse stato ingannato dal marito, che gli avrebbe affittato l'immobile come suo, avrebbe dritto a danni-interessi; e siccome questi, benchè si paghino dal marito, potrebbero ripetersi dalla comunione (art. 1424 (T)), la moglie ove accetti, sarebbe tenuta per metà per rispetto allo affittuario.

§ 3. — Dei compensi.

Siccome un solo amministra i tre patrimoni dei coniugi in comunione, e spesso avviene che la comunione od uno di essi riceva, paghi, o si obblighi per l'altro, si avrebbero avuti moltissimi vantaggi indirettamente, se non si fosse dato luogo a compenso per il beneficio che l'un patrimonio a proprie spese abbia all'altro procurato. Se le liberalità fra coniugi non sono oggi vietate, come lo erano da alcune consuetudini, ciò non ostante siccome non si presume la volontà di donare (specialmente qui che il beneficio spiegasi naturalmente per una semplice anticipazione), devesi sotto il Codice applicare il principio dei com-

pensi, come sotto quelle consuetudini che permettevano le donazioni fra coniugi.

Questo principio stabilito in modo assoluto pei compensi dovuti alla comunione (art. 1437 (T)), ma che vale pure per quei dovuti ad un coniuge, può esprimersi dicendo, che ogni qual volta un patrimonio ha ricavato un profitto a spese di uno degli altri, dovrà compensarlo.—Il Codice parla prima dei compensi dovuti ad un coniuge o dall'altro o dalla comunione (art. 1431-1436 (1402 T)); e poi di quelli dovuti a questa da uno dei coniugi (articolo 1437 (T)).

1° Compensi dovuti ad un coniuge.

1431 (1402). — La moglie che si obbliga solidalmente col marito per gli affari della comunione o del marito, non si reputa obbligata riguardo a lui se non co-

me mallevadrice: ella debbe essere fatta indenue per l'obbligazione che ha contratta.

SOMMARIO

I. Quest'articolo, per gli affari della comunione, deroga in favore della moglie al dritto comune.—Quale utilità ne viene alla moglie che accetta?

II. La moglie gode di questo beneficio in faccia al marito. Essa non lo potrebbe invocare in faccia ad un terzo condebitore, e questi,

solo per la sua parte, potrebbe rivolgersi contr'essa: errore di una decisione della Camera dei ricorsi e di Troplong.

III. Caso in cui deve cessare il beneficio.

IV. L'articolo s'applica pure alle obbligazioni non in solido.

I.—Allorquando l'affare per cui è stato contratto un debito in solido, riguardo l'un solo dei debitori, nello scambievole rapporto di questi è obbligato pagare il debito quegli cui lo affare concerne; gli altri

tri rimanendo in faccia a lui quali semplici fidejussori. Il nostro articolo applica il principio generale dell'art. 1216 (1169) dichiarando semplice mallevadrice la moglie che si è obbligata in solido col marito per

gli affari di lui. Tale regola è il dritto comune, e sarebbe anche da applicarsi al marito se si fosse dai coniugi contrattati un debito in solido nello interesse della moglie. Ma la legge va più oltre, ed immaginando possa supporre che l'obbligazione della moglie sia effetto dell'intima sua dipendenza dal marito, e per garantire in faccia ai terzi le obbligazioni da questo contratte, essa dichiara la moglie semplice mallevadrice per rispetto al marito, quando anche il debito in solido concerna affari della comunione, senza bisogno che ella vi rinunci.

In entrambi i casi adunque sarà la moglie debitrice in solido per rispetto al creditore, che volendo potrà costringerla su i beni propri per l'intero debito; ma essa sarà sempre mallevadrice nei suoi rapporti col marito, ed il pagamento a cui sarebbe astretta le darebbe dritto a compenso, sì contro il marito se l'affare lo riguardasse personalmente, o nell'opposto caso contro la comunione. Il risultato non sarà lo stesso nei due casi; se il marito è personalmente debitore, il compenso si toglierà dai suoi beni personali, o quel che vale il medesimo, sulla parte sua di comunione (articolo 1478 (T)), se l'affare concerne la comunione, si prenderà il compenso dalla massa dei beni comuni (articolo 1470 (T)), di modo che la moglie (supponendo che accetti la comunione) paga definitivamente la metà del debito, e ne ricupera l'altra metà.

In sulle prime non vedesi qual vantaggio sia per la moglie l'esser considerata come mallevadrice in faccia al marito, allorchando il debito per cui si è in solido obbligata riguarda la comunione. Supponiamo a mo' di esempio, che il debito monti a 20,000 fr., e che allo sciogliersi della comunione, dedotti gli altri debiti, l'attivo sia di 80,000 fr. Se la moglie fosse considerata, anche in faccia al marito, qual debitrice in solido ordinaria, obbligata come lui, si applicherebbero gli articoli 1413-1414 (1466-1467), secondo i quali ella ripeterebbe contro il marito la metà del debito pagato interamente da lei, us-

sia 10,000 fr. che uniti ai 40,000 che formano la sua metà nella comunione, le darebbero 50,000 fr. Or la moglie riguardata qual garante del marito, preleverà in prima dal fondo comune una somma uguale a quella pagata, cioè 20,000 fr., e siccome così riducendosi il fondo a 60,000 fr., la sua metà sarà di 30,000, ella si nell'uno che nell'altro caso avrà sempre i 50,000 fr.

Che le gioverebbe adunque l'essere riputata nei rapporti col marito qual di lui garante?

La moglie non ne caverebbe alcun utile se l'attivo della comunione basti a riaddebbitarla; non così se sia inferiore alla ammontare del compenso dovuto.

Supponghiamo che la comunione, nel caso sempre di un debito in solido di 20 mila fr. pagato dalla moglie, abbia un attivo di soli 12,000 fr. invece di 80,000. Se la moglie sia debitrice ordinaria, anche per rispetto al marito, ella potrà ripetere contro l'attivo 10,000 fr. prendendo poi la metà dei 12,000 di comunione; in guisachè essa non raccoglierà che soli 16,000 fr. dei 20,000 pagati.

Per l'incontro, siccome il nostro articolo, dichiarandola semplice mallevadrice del marito, la fa creditrice della comunione per tutti i 20,000 fr., ella tolti i 12,000 dal fondo comune, potrà rivolgersi contro i beni personali del marito per gli 8,000 fr. rimanenti, poichè il marito, a differenza della moglie, deve rispondere di tutti i debiti della comunione sopra i suoi beni propri, ove non bastino i comuni (art. 1472, 1483 e 1844 (T, T e 1716)).

Obbligandosi adunque la moglie nello interesse personale del marito, avrà considerevoli vantaggi ove lo provi; poichè sempre si presume, fin alla prova in contrario, che il debito siasi contratto da ambedue i coniugi, e nell'interesse comune.

II.—Siccome è una eccezione al dritto comune la disposizione del nostro articolo, che riguarda il caso in cui la obbligazione in solido dei coniugi non è fatta nello interesse personale del marito, non si dovrà estendere oltre ai suoi termini, e la mo-

glie potrà pretendere di essere riputata come mallevadrice solo *per rispetto al marito*, non potendo usar del beneficio nè in faccia ai creditori, nè in faccia ad altri (1).

Così, essendosi formata un'obbligazione in solido dai coniugi ed un terzo nello interesse loro comune, la moglie che sarebbe stata astretta a pagare, non potrebbe pretendere di rivolgersi come mallevadrice tanto contro il terzo, che contro il marito; le direbbe il primo che essa è riguardata mallevadrice quanto al marito, e che in faccia a lui resta debitrice ordinaria, obbligata al par di lui a pagare definitivamente una parte del debito. Viceversa se il terzo ha pagato il debito potrà rivolgersi contro la moglie per la sua parte, e contro il marito per la sua; nè la moglie può pretendere che si costringa soltanto il marito, e che la sua qualità di semplice mallevadrice la salvi da ogni regresso del debitore principale; poichè anche qui risponderebbe il terzo esser la moglie semplice mallevadrice in faccia al marito, e restare obbligata principale per la sua parte in faccia agli altri.

Ma soltanto per la parte sua nel debito (ed in conseguenza per la metà della parte che spetta alla comunione dei due coniugi) ella è obbligata di contribuire in faccia del terzo condebitore e rispondere al regresso di lui. Se a mò di esempio il terzo è interessato nello affare per metà e così la comunione (è questo un punto da decidersi in fatto) ognuno dei due coniugi, in faccia ai tre coobbligati tra loro, sarà debitore per un solo quarto, e solo per questo il terzo condebitore che ha pagato il totale potrà rivolgersi contro la moglie. In una decisione della camera dei ricorsi (2) del 1827 si è falsamente interpretato il nostro articolo.

Due coniugi in comunione, e con essi

un terzo, eransi obbligati in solido in un affare che interessava per metà la comunione e per l'altra il terzo condebitore. Avendo questi pagato l'intero debito, pretende dalla moglie la metà del danaro da lui pagato, cioè l'intera parte spettante alla comunione dei coniugi; ma si oppone dal rappresentante della moglie, ed a ragione, che la sola metà della somma richiesta, cioè il quarto dell'intero, doveasi dalla moglie al terzo; dapoichè se il debito in solido è indivisibile nei rapporti del debitore col creditore, è invece divisibile, e di pieno dritto, pei debitori fra loro (articolo 1213 (1166)), dimodochè il debitore che l'ha interamente pagato può solo ripetere da ciascuno dei suoi condebitori la parte in cui questi è personalmente interessato (artic. 1214 (1167)). Tali pretese, tanto legittime e fondate nei testi più chiari, furono respinte dal tribunale della Senna, dalla Corte di appello di Parigi e dalla camera dei ricorsi della cassazione, e ciò per una falsa interpretazione del nostro art. 1421 (1396).

Ecco qual fu la logica a cui si attesero, adottata anche da Troplong nel suo recente trattato (II-1046). « Secondo l'articolo 1431 (1402), allorchè i due coniugi in comunione si obbligano in solido per questa, non formano essi due debitori principali di cui ciascuno deve gravarsi della metà del debito; havvi solo un debitore principale, il marito capo della comunione, il quale è obbligato per l'intero debito, una mallevadrice, la moglie, la quale è obbligata del pari che il debitore principale; il terzo condebitore adunque che pagando la sua parte del debito in solido, ha anche pagato quella della comunione, ha il dritto quanto a quest'ultima di rivolgersi o contro il marito per l'intero o contro la moglie ». Secondo noi vi son qui due errori.

(1) Vedi Rig., 4 dicembre 1855 (Dall., 56, 1, 58) Limoges, 20 febb. 1855, (Dall., 55, 2, 284).—Vedi pure Paolo Pont e Rolière (I. I, n. 606); Troplong (I. II, n. 1037).—Vedi frattanto Parigi, 15 luglio 1854 (Dall., 56, 2, 12).

(2) Rig., 29 nov. 1827 (Sirry, 28, 1, 169); Coll. nuova alla sua data.—Questa nuova Collezione ed

anche il *Journal du Palais*, nel rapportare la decisione, citano in nota Toullier (XII-233) e Duranton (XIV, 306) che han deciso la questione nel medesimo senso. È ciò un errore: niuno dei due scrittori tratta la questione, che non è a nostra conoscenza essere stata esaminata in alcuna opera pria della nostra.

Ed in pria l'idea che il marito e la moglie obbligati in solido per un affare della comunione non sieno due debitori principali, ma un debitore ed una mallevadrice, è vera *relativamente* ma non assolutamente, siccome lo crede la logica della decisione e di Troplong. È vera relativamente al marito, ma falsa per gli altri, e tanto in faccia al terzo condebitore che in faccia al creditore: solo in faccia al marito nei rapporti scambievoli dei due coniugi, e trattandosi di farsi indennizzare la moglie dalla comunione o dal marito, dichiara il nostro articolo costei semplice mallevadrice. Si commette adunque un primo errore attribuendo alla moglie la qualità di garante in faccia al terzo condebitore.

Ma quand'anche fosse esatta tale idea, falsa ne sarebbe la conseguenza, e mostreremo qui un secondo errore più grave del primo.

Infatti, se la moglie in faccia al terzo condebitore, come in faccia al marito, fosse stimata semplice garante, una tal qualità lungi d'aggravarle le conseguenze del dritto comune potrebbe renderglierle più miti, ed anzichè dover pagare al condebitore una parte maggiore della sua, non pagherebbe nemmeno questa, perchè un debitore principale non può rivolgersi contro di lei semplice mallevadrice. Si ponderi bene ciò che segue. Se il nostro articolo non fosse, se la moglie rimasta sotto il dritto comune fosse verso di tutti, anche verso il marito, debitrice principale per la sua parte, cioè per il suo interesse personale nello affare; in questo caso quello dei due condebitori, il marito o il terzo che avrebbe pagato lo intero debito, non potrebbe chiederle che la parte da lei dovuta (art. 1213, 1214, (1166, 1167)). Or se non è da contrastarsi che il terzo condebitore potrebbe rivolgersi contro la moglie soltanto per la parte di lei, e non già per quella pure del marito, come dire che potrà egli pretendere le due parti perchè la moglie gode del beneficio onde è riguardata come mallevadrice?.. Delle due cose l'una, o che il beneficio è dato alla moglie soltanto in faccia al marito, e allora il terzo in faccia a cui

resta condebitrice, serba il dritto di domandare da lei la sua parte (ma non dippiù), o esiste tal beneficio pure riguardo al terzo, e questo allora avrà contro la moglie meno dritti di quanti ne avrebbe avuto!.. Che! I rigori del dritto comune si aggraverebbero per la moglie colla eccezione fatta per addolcirli! Il privilegio che le toglie la qualità di debitrice principale per renderla semplice mallevadrice, la sottoporrebbe a pagare al condebitore, e la sua parte e quella del marito, nel mentre qual debitrice principale ella sarebbe stata tenuta alla sola sua parte!..

Il vero si è che si può dal terzo condebitore ripetere dalla moglie la parte di lei, soltanto perchè ella rimane debitrice principale in faccia a lui e semplice mallevadrice quanto al marito.

III. — L'eccezione del nostro articolo al dritto comune è un privilegio surto dalla particolar posizione della moglie in faccia al marito. Ma tal privilegio non è perenne, e vi ha dei casi in cui la moglie deve esser sottoposta, sì pel marito che per tutti gli altri, al dritto comune.

Se il legislatore ha stabilito quale regola generale, che obbligandosi la moglie in solido col marito, anco per la sua comunione, sarebbe riguardata in faccia a quello come mallevadrice, e non personalmente gravata d'alcuna parte di debito, gli è perciò che ella si obbliga col marito a fine di garantire la obbligazione di questo, e senza volontà di contribuirvi definitivamente. Or in alcuni casi speciali non ha più luogo il beneficio del nostro articolo, perchè la moglie ha dovuto aver l'intenzione di sostenere definitivamente la sua parte del debito. L'articolo 1438 (T) ce ne porge un esempio, diciamolo che se i coniugi han dotato il loro figlio comune senza dinotar la porzione per cui intendevano di contribuire, si ritiene che ciascuno sia concorso a dotarlo per una metà. È ben naturale infatti che la madre debba pure, come il padre, interessarsi al collocamento di un figlio; nè si può credere, senza una dichiarazione espressa, che la sia intervenuta ad un tale impegno come malleva-

drice del marito, e senza voler di nulla gravarsi: si osservi d'altronde che le espressioni del nostro articolo, doversi reputare la moglie come mallevadrice, presumersi come obbligata con quel titolo, fanno intendere esser quella una condizione che svanisce, ove risulti dalle circostanze l'intenzione della moglie di obbligarsi personalmente. E così fu giudicato da una decisione della Corte di Lione in un caso in cui i coniugi si erano in solido obbligati per il cambio militare del loro figlio. La moglie che avea pagato una metà della somma dovuta, pretendeva poi di esserne rindennizzata sulla eredità del marito; ma la Corte rigettando le sue pretese giudicò, ed a ragione, aver lei adempito ad un'obbligazione sua propria (1).

IV. — Diciamo da ultimo che la regola del nostro articolo per il caso di un debito in solido, avrà pur luogo, come anche

si osserva dopo di noi Troplong (II-1039), per il debito contratto unitamente e non in solido dai coniugi in comunione. In tal caso pure la moglie (tranne quei casi particolari di cui abbiamo parlato) si reputerà per rispetto al marito come semplice mallevadrice, benchè l'affare sia della comunione. La differenza sta in ciò, che il creditore, essendo in solido il debito, può rivolgersi alla moglie o al marito per lo intero, ed essendo il debito congiunto, per una sola metà; restando sempre alla moglie, come sopra vedemmo, il dritto di rivolgersi per essa metà contro la comunione e sussidiariamente contro i beni propri del marito. E se i coniugi si sieno obbligati non in solido per un affare personale ad uno di loro, qualunque dei due avesse pagato il debito dell'altro dovrebbe esser compensato, come se il debito fosse stato in solido.

1432 (1403). — Il marito che si obbliga in solido, o altrimenti, per garantire la vendita fatta dalla moglie di un immobile particolare di lei, venendo molestato, ha

similmente il regresso contro di essa, tanto sulla di lei parte nella comunione, quanto sopra i di lei beni particolari.

I. — Se il marito obbligato, o non, in solido per garantire la vendita fatta dalla moglie di un di lei immobile, è tenuto ad adempiere la sua obbligazione, potrà chieder compenso della moglie di cui egli ha pagato il debito personale. Se però egli non ha garantito la vendita della moglie, ma l'ha semplicemente autorizzato, non sarà più obbligato per rispetto all'acqui-

rente, secondo dicemmo nell'art. 1419 (T).

Per l'incontro se la moglie ha garantito una vendita fatta dal marito, e l'acquirente molestato si rivolgesse contro di lei, essa potrà parimente chieder compenso (sia del marito o della comunione l'immobile venduto), riputandosi la moglie, come vedemmo nell'articolo precedente, semplice mallevadrice.

1433 (T). — Se sia venduto un immobile appartenente ad uno de' coniugi, o siasi accordato il riscatto in danno di una servitù dovuta a qualche fondo particolare di uno di essi, ed il prezzo sia stato ver-

sato nella comunione senza reinvestirlo, si può prelevare un tal prezzo dalla comunione, a profitto del coniuge che era proprietario dell'immobile venduto, o della servitù riscattata.

(1) Lione, 11 giugno 1833. — Vedi pure: Parigi, 30 dic. 1811 (Dev., 33, 2, 634; Dalloz, 4, 2, 181); Troplong (II-1012-1015); Rodière e Paolo Pont (I. I, n. 607). — *Junge*: Rennes, 22 nov. 1818; Bor-

deaux, 1 mag. 1833 (Dev., 51, 2, 83; 52, 2, 151). — Vedi inoltre la Dissertazione di Paolo Pont nella *Rivista critica*, t. II, p. 16.

SOMMARIO

I. Perché si dia luogo a compenso, fu mestieri che la comunione abbia ricevuto il prezzo (significato di queste parole: censura dell'opinione di Delvincourt) e che non si sia

reimpiegato.

II. Regola per farsi la prova. — Principio generale di cui questo e i due precedenti articoli sono applicazioni particolari.

I. — Quando si è venduto un immobile di proprietà d'uno dei coniugi, e questi ha acconsentito per una data somma alla estinzione delle servitù dovute al suo immobile, o ha concesso su questo servitù passive; o a dir breve un dritto qualunque è stato alienato dal coniuge per danaro, se questo si è messo nella comunione, e non se ne sia fatto il reimpiego per il coniuge, questi avrà dritto a compenso contro la comunione quando ella si scioglie.

Richiedesi a ragione dalla legge che il prezzo entri nella comunione; fino a tanto che il prezzo è dovuto, il coniuge ha un credito per se, e se in tale stato di cose la comunione si scioglie, egli che ha conservato il suo credito come cosa propria, nulla ha da chiedere alla comunione; può rivolgersi contro il debitore, soffrendone ove occorra, la insolvenza. Vi sarebbe di certo eccezione a tal principio se per incuria del marito amministratore dei beni della moglie, questa perdesse in tutto o in parte una somma a lei dovuta; ma in principio e tranne tal particolare circostanza, resta il credito a rischio del coniuge creditore che ha solo dritto al compenso quando la comunione ha ricevuto il danaro. La somma è vero deve versarsi nella comunione; ma ciò non si esageri. Se a mò d'esempio, il prezzo d'un immobile della moglie fosse stato delegato dal marito ai suoi personali creditori, o ne avesse egli fatto donazione ad un terzo, non crediamo doversi per ciò dire con Delvincourt, non aver la comunione ricevuto la somma e non esser perciò astretta a compenso; l'averne disposto il capo della comunione importa che questa ne abbia preso possesso e ri-

cevitata (1).

Si ha dritto a compenso quando non si sia reimpiegato il prezzo della alienazione; idea tanto semplice che non era uopo esprimerla. Se il danaro dovuto al coniuge è stato impiegato nell'acquisto d'un immobile divenuto suo proprio, adempiute le condizioni volute, egli non ha più nulla a pretendere.

Le condizioni del reimpiego sono indicate nei due seguenti articoli da noi già spiegati.

II. — Non si dice dal nostro articolo da chi debba esser fatta la prova nelle circostanze di cui trattasi. Spetterà al coniuge proprietario della cosa venduta provare che il prezzo sia realmente entrato nella comunione, o si dovrà in contrario presumere il pagamento della comunione fino a che l'altro coniuge provi non essere stato fatto? Per l'indole stessa delle cose dobbiam qui fare una distinzione tra il marito e la moglie.

Se si è alienato un bene della moglie, siccome il marito amministratore dei beni di lei e capo in uno della comunione ha dovuto ricevere il danaro, per una naturale eccezione non deve più l'attore giustificare la sua domanda, ma invece ammettersi contro il marito fino a prova in contrario la presunzione che il danaro sia entrato nella comunione (2). Ma se dal marito ripetesi il compenso, egli è tenuto provare che la somma ricevuta è stata posta nella comunione. A ragione adunque una decisione di Bourges che avea deciso il contrario si è annullata dalla Corte Suprema per aver violato l'articolo 1315 (1269) (3).

Non si dimentichi quel che si è detto in

(1) Duranton (XIV-358); Paolo Pont e Rodière (I-709); Angers, 7 marzo 1845 (Dev., 46, 2, 79).

(2) Rodière e Paolo Pont (I-711); Zachariae (III,

p. 433); Glandaz (n. 225).

(3) Cass., 13 agosto 1832 (Dev. e Car., 32, 1, 641).

principio di questa materia, che i debiti di compenso il cui principio generale era espresso dalla legge per quei dovuti alla comunione, sono anco regolati da un principio generale e analogo per quelli dovuti ad un coniuge. Adunque non solo nei casi particolari, di cui parlano i nostri tre arti-

coli 1431, 1433 (1402, T) si dovrà il compenso al coniuge, ma anco tutte le volte che a spese del patrimonio proprio di questo, si sia avvantaggiato l'altro coniuge o la comunione. Siffatto principio è stato particolarmente applicato nei nostri tre articoli.

1434. 1435 (TT). — *Questi due articoli che stabiliscono le regole del reim-*

piego sono stati spiegati più sopra in seguito dell'art. 1401 (T).

Il reimpiego dei beni propri della moglie è spesso imposto al marito dal contratto di matrimonio, il che fa sorgere molte quistioni, di cui una più d'ogni altra è tanto importante quanto delicata e contro-

versa. Ma il caso di reimpiego stipulato nel contratto, non entrando nella materia della comunione legale, ma in quella della comunione convenzionale, sarà studiato nell'art. 1497 (T).

1436 (T). — Il compenso del prezzo dell'immobile appartenente al marito non si dà se non sulla massa della comunione; quello del prezzo dell'immobile appartenente alla moglie si dà su' beni propri del

marito, quando non bastino quelli della comunione. In tutti i casi il compenso si regola secondo il prezzo della vendita, non ostante qualunque cosa potesse allegarsi intorno al valore dell'immobile alienato.

SOMMARIO

I. Differenza fra il marito e la moglie per l'esercizio dei compensi. La comunione è nell'obbligo di restituire il prezzo ricevuto: non potrà provare che il prezzo della vendita non sia il valore dello immobile, ma solo che il prezzo indicato nel contratto non sia realmente quello della vendita: errore di Toullier e d'una decisione di

Lione.

II. Non c'è luogo a compenso se la comunione ha ricevuto i soli frutti dei beni propri. Censura della dottrina degli scrittori.

III. Viceversa, si dà luogo a compenso semprechè la comunione ha ricevuto un capitale proprio: grave errore di Duranton.

I. — Il compenso del prezzo di alienazione di cui parla il precedente articolo, ed a dire più esatto ogni compenso dovuto alla comunione si preleva allo scioglimento sulla massa da dividere, sia l'uno o l'altro dei coniugi a cui esso è dovuto (articolo 1470 (T)). Ma nel mentre che pel marito il dritto si limita a questo, di modo che ei perde il compenso quando nella massa non vi ha di che pagarsi (1472 (T)), perchè la moglie non è tenuta essendo in comunione su i suoi beni personali (1483 (T)), la moglie al contrario ove non bastino i beni comuni, sarà compensata coi beni personali del marito (1472 (T)), dovendo

questi personalmente quanto deve la comunione. Queste regole che son combinate nella prima parte del nostro articolo, che poi ne cava la conseguenza, ci saranno particolarmente indicate dagli articoli 1470, 1472 e 1483 (TTT).

La seconda parte del nostro articolo porge una regola chiara, quanto logica. Riproducendo su tale punto la regola dell'antico dritto (1), dichiara che il compenso dovuto alla comunione per l'alienazione della cosa del coniuge, sarà sempre del prezzo ritratto dall'immobile, checchè si dica sul valore di esso. Il coniuge, di cui è stata alienata la cosa, pretenderebbe invano che

questa vendita 30,000 fr. ne valesse 40 mila, ed aver perciò dritto ad un compenso di tal somma; anche indarno si direbbe dall'altro coniuge che l'immobile venduto 30,000 fr. ne valea 20,000, e doversi ridurre il compenso a tal somma. Le quali cose sarebbero di nessun momento, nè si dovrebbero provare, perchè si dee fare restituire dalla comunione il vantaggio che ha cavato dalla alienazione. Che monta se l'immobile si vendesse 40,000 fr. o 20,000? La comunione ha ricevuto in prezzo 30,000 franchi; tal somma dunque deve ella restituire.

Ma se il coniuge non può essere ammesso a provare che il prezzo della vendita è stato o no maggiore del valore dell'immobile, gli sarebbe invece permesso di provare che il prezzo cennato nel contratto sia minore o maggiore del prezzo vero della vendita. Così la moglie avrebbe il dritto di provare come l'immobile del marito, che secondo l'atto appare essersi venduto 30 mila franchi lo sia stato per 20,000, o che l'immobile di lei indicato dall'atto come venduto per 30,000 fr. lo sia stato per 40,000. Dovendo la comunione restituire ciò che ha ricevuto nè più nè meno, non importa conoscere se abbia o no ricevuto il valore dell'immobile; ma bensì devesi conoscere se siasi ricevuta la somma indicata nell'atto. La quale idea è così vera che non sappiamo come l'abbia potuto negare Toullier; il quale poichè l'ebbe insegnata (I. II-346), la combattè a lungo (I. III-184) allegando moltissime autorità. Ma nessuna di esse contraddice l'idea combattuta da Toullier, il quale sembra non la comprenda; avvegnachè esse dicano tutte che il coniuge non possa provare che il prezzo di vendita fosse minore o maggiore del valore dello immobile. Or per quanto è indifferente che sia diverso il prezzo della vendita dal valore dello immobili-

le, altrettanto importa che il prezzo indicato nel contratto sia o no quello della vendita. Per falsa che fosse l'idea di Toullier, nè da Duranton nè da altri è stata fino al presente notata, anzi fu consacrata nel 1842 della Corte di Lione, la quale com'era naturale fu cassa dalla Corte Suprema (1).

In breve, come ragionevolmente vien detto dal Codice, il compenso si deve secondo la vendita; devesi restituire poichè il prezzo di essa, non quello che falsamente può indicarsi in un atto fraudolento. Per prezzo di vendita intendosi non che la somma principale stata pagata, ma i lavori accessori che abbiano potuto riunirvisi; se la comunione ha ricevuto una somma pagata come *manca* (pot de vin o epingles) se ha tratto vantaggio da carichi imposti al compratore, se ha ricevuto prestazioni di cose in specie, dovrà ella restituire insieme col prezzo capitale, le somme accessorie o il valore dei carichi o delle prestazioni.

II. — È controverso almeno in qualche applicazione, se la differenza del valore dei prodotti tra la cosa alienata dal coniuge, e quella che ei riceve in prezzo della alienazione, possa del pari dar luogo a compenso; a dir meglio se vi sia quistione di compenso quando la comunione ha ricevuto soltanto tutti i frutti dei beni dei coniugi.

Pothier (*Com.*, 590-594) ed il più dei moderni scrittori (2) rispondono del sì, non alla quistione riguardata come idea generale (che niuno la stabilisce in tal modo), ma per molte circostanze che indicheremo. Tal dottrina non sapremmo adottarla; ben crediamo che la quistione di compenso possa sorgere pel capitale dei beni, non per i frutti; e sì per far meglio comprendere tal principio, come per logicamente procedere, abbiain ridotto ad un'idea semplice e generale le quistioni secondarie trat-

(1) Cass., 14 feb. 1843 (Dev., 43, I, 193).—Conf. Besanzone, 21 giugno 1845 (J. P., 1846, I, II, p. 601); Douai, 28 aprile 1851 (Dev., 52, 2, 369); Rodière e Paolo Pont (I-713), Duvergier (sopra Toullier, t. XIII); Troplong (II-1162), Odier (t. I, num. 307), e la Dissertazione di Paolo Pont nella *Rivista critica*, t. II, p. 632.

(2) Merlin (*Rep.*, alla parola *Reimpiego* (55-2) Toullier (XII, 350); Duranton (XIV, 439 e seguenti); Zachariae (III, p. 134); Dalloz (X, p. 216, 217); Troplong; (Tom. 2, 1090). Vedi anche Angers, 12 maggio 1853 (Dev. 53, 2, 369).

tate qui dagli autori come indipendenti le une dalle altre.

Dicesi da noi che il compenso può esser dovuto pel capitale dei beni e non pel frutto.

Il principio si applica, e senza contrasto di alcuno, quando i due beni che si succedono nel patrimonio del coniuge, sono entrambi oggetto di un dritto perpetuo, e che il sostituir l'uno all'altro non presenti altro che la differenza dell'annuale prodotto.

A mò di esempio, allorché il coniuge aliena una terra che locavasi 1,200 fr. per una casa che si appigionava 2,200, o per danaro che darebbe la stessa somma d'interessi, ben si vede non dover la comunione compenso alcuno al coniuge per lo aumento dei 1,000 fr. all'anno che costui gli procura, nè il coniuge potrebbe allo scioglimento prelevare sulla massa tante migliaia di fr., per quanti anni corsero dalla alienazione della terra. Viceversa, se la cosa alienata dal coniuge dava 2,000 fr. all'anno, ed il valore ricevutone era di 1,200; si vede del pari che la comunione non avrebbe dritto alcuno ad esser compensata dal coniuge per la perdita in ogni anno di 1,000 fr. cagionata dall'alienazione.

Ma quando la differenza dei prodotti nasce dall'alienazione d'un dritto perpetuo in cambio d'uno a tempo, o viceversa, gli scrittori tutti ne rigettano il principio, insegnando esservi luogo a compenso, sia contro che in vantaggio della comunione. Se il coniuge adunque ha permutato la proprietà della terra che davagli 1,200 fr. con un semplice usufrutto d'una cosa che ne produce 2,200, e la comunione si scioglie dieci anni dopo alla morte del coniuge, avendo questa ricevuto in ogni anno la somma di 1,000 fr. che non le sarebbe venuta se il dritto perpetuo non si fosse cangiato in temporaneo, dovrà essa agli eredi del coniuge un compenso di 10,000 fr. Ma se l'usufrutto di 2,200 fr. si fusse dal coniuge permutato con la proprietà della terra, che produce 1,200 fr., la comunione avrebbe dritto ad un compenso di altrettanti 1,000 fr. per quanti anni scorsero tra il tempo

della permuta e lo scioglimento. Or tal dottrina generalmente adottata non è da ammettersi; essa è confutata dallo stesso principio su cui si posa il precedente scioglimento: se tal principio avesser ben compreso gli scrittori che noi combattiamo, lo avrebbero di certo applicato anche al secondo caso. Secondo un tal principio la comunione è, nè più nè meno, *usufruttuaria di tutti i beni appartenenti ai coniugi*... Essendo ella usufruttuaria, il coniuge proprietario è obbligato a lasciarla godere; ma non a farla godere (come si è obbligato per un pigionante) e in faccia ad essa non è per nulla garante. La comunione è usufruttuaria di tutti i beni del coniuge; varia è la natura di questi beni: e quant'anche la maggior parte o l'intero patrimonio del coniuge fosse di dritti puramente vitalizi, che devono estinguersi alla morte di questo, gli eredi di lui non potrebbero dopo lo scioglimento cagionato dalla sua morte, nulla ripetere dalla comunione che lui tutto assorbito. L'esser questa usufruttuaria di tutti i beni appartenenti al coniuge vale che il suo dritto esiste su i beni in quanto sono del coniuge: allorché costui acquista per qualunque causa la proprietà della tal cosa, la comunione ne ha l'usufrutto: quando il coniuge, ed anche per qualunque causa, non n'è più proprietario la comunione non ne ha più l'usufrutto: il dritto d'usufrutto della comunione è conseguenza del dritto di proprietà del coniuge, e dura fino a che la cosa esiste nel patrimonio di costui.

Or, poichè da un lato è la comunione usufruttuaria di tutto quel che appartiene al coniuge, senza che si debba considerare la natura delle cose, se perpetue o temporanee, il quando o il come sieno venute nel patrimonio del coniuge, se poco, molto o in nulla fruttifere, nè se lo sieno più o meno di tal'altra da quello sostituita nel patrimonio, come pretendere che la comunione possa pagare uno indennizzo pel godimento avuto della tale o tal cosa esercitando il suo dritto d'usufrutto? E viceversa, essendò la comunione usufruttuaria, e non dovendole il coniuge garanzia al-

cuna ed avendo essa l'*usufruttum* mentre quello ne conserva l'*abusum* ed il dritto di disporre, come volere che la comunione reclami contro gli effetti di quel dritto di disporre a cui il suo è essenzialmente sottoposto? In breve, il dritto della comunione è ne più nè meno quello di godere del patrimonio del coniuge, e varia secondo che questo si accresce o diminuisce; l'intanto dunque che la comunione ha avuto il godimento del patrimonio e ne avrà colti i frutti, non deve essa indennizzo alcuno, e viceversa, l'intanto che ella ha avuto l'intero godimento e tutti i frutti del patrimonio, non le si dovrà alcuno indennizzo (1).

Questo stesso principio ci trae alla soluzione di un ultimo caso in cui la questione può in sulle prime parer più delicata. Ed è quello in cui l'alienazione si farebbe, stipolando che il coniuge o il suo contraente nel prendere dal momento del contratto la cosa che gli si trasmette, rilascerà l'altra dopo un dato tempo; di modo che il coniuge, o a dir meglio la comunione, avrebbe da quel tempo o il godimento insieme dei due beni, o nè l'uno nè l'altro. Per via di esempio so il coniuge per 72,000 franchi ha venduto una casa la quale ne dava 3,600, a patto che il compratore, benchè avuto il possesso, ne pagherebbe il prezzo a capo di tre mesi e senza interessi, si dirà forse che un tal patto facendo perdere alla comunione il quarto della rendita d'un anno nella pigione della casa, o nell'interesse del prezzo, cioè 900 fr., avrà dritto la comunione ad esser compensata di tal somma dal coniuge; e viceversa dovrà essa pagare al coniuge lo stesso compenso se si fosse convenuto che il compratore, pagandone il prezzo contante, si godrebbe la casa a capo di tre mesi? Secondo il nostro principio si deve rispondere del no. La clausola per cui la comunione può or gua-

gnare or perire è un accidente della alienazione; il dritto di consentir è conseguenza del dritto di disporre, e non si potrebbe privarne il coniuge che obbligandolo a perdere uno affare di rilievo, ed attaccando il suo *jus abutendi*. Da altra parte, siccome la comunione ha sempre avuto il totale dei frutti e non altro; e se è stata priva di godersi la tal cosa per tre mesi, si è perchè durante questi il patrimonio non ha avuto, nè la tal cosa, nè altro; che se in vece ha essa avuto un doppio godimento in tal tempo, è stato perchè durante questo il patrimonio ha avuto per poco due beni, invece di uno; a dir breve, come la comunione ha sempre avuto tutti i frutti del patrimonio, e niente altro, non può esser luogo a compenso nè dall'una parte nè dall'altra.

Si opporrebbe innanzi che il tal valore che sembra essere per l'intero un capitale, debba riguardarsi come se fosse in parte di semplici frutti; e viceversa quell'altro che sembra esser di soli frutti contenga anche poca parte di capitale; che a mò di esempio, allorchè vendutasi una cosa di cui il compratore ha tosto il godimento, la somma che si conviene doversi pagare dopo sei mesi, non rappresenta soltanto il capitale, ma anche i frutti di sei mesi. Questa idea che vi spinge più lungi di quel che si vede è d'una grande giustezza, ma il legislatore giusto perchè ella spingerebbe al di là e farebbe nascere frequenti e grandi difficoltà l'ha del tutto bandita: l'idea è vera come fatto, e chi la perdesse di mira non sarebbe buono amministratore; ma qual principio legale è falsa, ed il giureconsulto che la tenesse per norma, cadrebbe in errore.

Senza fallo (e per guardare qui l'idea da un solo lato) colui che vende i beni per un danaro pagabile di presente, stipulando che continuerà a godersi per qual-

(1) Proudhon (*Usufrutto*, V-2675). Bagnet (sopra Pothier VII, p. 311) Rodière e Paolo Pont (I 716) e sopra tutto Mourlon (p. 47). Vedi anche Besansone, 18 febb. 1853; Nancy, 3 giugno 1853 (Dev., 53, 2, 457 e 55, 2, 253). Vedi pure come analoga nella

ipotesi inversa, Cass., 10 aprile 1853 (Dev., 55, 1, 241). Vedi inoltre le dissertazioni di Minier e Paolo Pont nella *Rivista critica*, tom. III, p. 851 e tom. IV, p. 9 e 401, *Junge*: Orléans, 27 dic. 1855 (J.P. 1856, tom. 2, p. 78).

che tempo, ne ha un minor prezzo, e prende per ciò una certa frazione del suo capitale. Così quei che aliena i suoi beni per una rendita vitalizia o per un usufrutto, si mangerà i suoi fondi con la sua rendita, e sotto forma di frutti assorbirà il capitale. E colui anche che permuta delle terre che danno il 3 per 100 con case che danno il sei, raddoppia la sua rendita a spese del capitale pel deterioramento continuo che soffrono le case, per cui è maggiore la rendita di esse (1). Ma la legge non potendo aver riguardo a tali fatti, dovea lasciare che ogni proprietario fosse libero di comporre il suo patrimonio di quei beni che meglio gli piacesse, modificarlo secondo che meglio gli talenti, e poter sempre o conservarlo od anche accrescerlo avendone un godimento più ristretto, o scemarlo od anche consumarlo affin di procurarsi un maggior godimento; d'altra parte non poteva andare incontro alle infinite difficoltà che sarebbero sorte ogni dì dal contrario sistema, anche per la semplice permuta d'una casa per un podere. Si deve ritenere come fatto tutto ciò che riproduce a periodi una cosa, non importando se dessa rimanga intatta o debba consumarsi o distruggersi più o men presto. Che ciò siasi fatto sorge specialmente dagli art. 588 e 1568 (513, T.), secondo i quali anche pei beni in cui il capitale si assorbe dai frutti, cioè per l'usufrutto della rendita vitalizia, il godimento estendesi a tutti i frutti, non potendone nè la più piccola parte rappresentare il capitale.

Certamente se fosse provato in fatto, e da speciali circostanze, che una alienazione del coniuge abbia avvantaggiato la comunione in frode dei suoi eredi non si applicherebbe più il nostro articolo: *fraus omnia corrumpit*. Ma in dritto non dovrà mai darsi compenso al coniuge, nè darsene da lui quando la comunione avrà raccolto tutti i frutti.

III. — Ma se la comunione non è tenuta a compenso, finché ha preso per se i frutti, vi è sempre tenuta quando ha ricevuto un capitale proprio del coniuge; e Duranton che insegna il contrario, allo errore da noi combattuto ne aggiunge altro maggiore.

Egli (XIV-340), riproducendo una ipotesi di Pothier, suppone che un coniuge abbia venduto un usufrutto che gli dà in ogni anno 1,000 fr. per 12,000 entrati nel patrimonio della comunione, e che questa si sia disciolta 10 anni dopo per la morte del coniuge. — Pothier applicando a quel caso il principio da noi confutato nel precedente numero, insegna che gli eredi del coniuge mentre han dritto al compenso di 12,000 fr. versati nella comunione, doveano compensar questa di 400 fr. di cui in ogni anno si era sminuita la rendita, per essersi mutato l'usufrutto che dava 4,000 fr. in un capitale che ne dava solo 600; per cui ammontando il totale di 10 anni a 4,000 fr., gli eredi del coniuge dovranno prelevare 8,000 non più 12,000 fr. Duranton combatte cotai decisioni. non per il compenso di 4,000 imposto agli eredi (compenso non dovuto poichè la comunione ha ricevuto tutti i frutti del patrimonio), ma per il compenso domandato contro la comunione, pretendendo che gli eredi non abbiano dritto a nulla, e che i 12,000 fr. prezzo dell'usufrutto venduto sieno appartenenti alla comunione. Per la quale strana idea egli così ragiona: poichè la comunione si è sciolta colla morte del coniuge, l'usufrutto se non si fosse venduto si sarebbe estinto, e quindi il patrimonio del coniuge non si è per nulla scemato colla alienazione. Dunque senza nulla perdere, il patrimonio del coniuge ha arricchito il patrimonio comune; or si dà un compenso quando un patrimonio si arricchisce a spese dell'altro!

È questa una idea sì strana che non

(1) Due notevoli fatti su tal riguardo sono a nostra conoscenza. Nel 1782 un negoziante di Bordeaux lasciò a' suoi due figli una casa ed un vigneto di egual valore. Nel 1833 il vigneto fu venduto 210,000 fr. e dopo qualche tempo si stentò ad a-

verne per la casa 95,000. — Un fabbricante di Rouen avea comprato tra il 1818 ed il 1820 una casa di 38,000 franchi ed un piccolo podere di minor valore. Alla sua morte, nel 1841, il podere fu venduto 43,000 fr. e la casa 21,000.

sappiam come il cospicuo professore vi si sia per poco fermato. Come! non *perdo* io forse il denaro che voi mi prendete, e non lo acquistate voi a *spese mie*, mentre poteva io trarne un utile! Ciò posto tutte le cose che mi fossero donate per essermi proprie, potranno dunque togliersi senza compenso per parte della comunione, poichè essendomi state donate io non le ho comprate! E tali cose potrebbero dunque essermi rubate senza che io possa far condannare il ladro, poichè questi mi direbbe non avere io sofferto alcun danno, non aver *nulla perduto*, non essersi egli arricchito a *mie spese* perchè io aveva acquistato quelle cose a titolo gratuito!.. In vero si dovrebbero confutare siffatte idee, dicendo che i beni donatimi appartengono a me e fan parte del mio patrimonio, come quelli comprati o permutati, e che la mia comunione mi fa quindi scemare il patrimonio, e si arricchisce a

mie spese, appropriandosi i primi come i secondi?

Del resto l'acquisto qui non è gratuito, essendovi stato un contratto aleatorio, il quale offrendo al patrimonio del coniuge un guadagno eventuale (che si è effettuato) presentava pure una perdita eventuale (per il caso in cui sciogliendosi la comunione per la morte del coniuge, l'usufrutto dovesse ancora durare). Ma quand'anche i 12,000 fr. fossero un puro guadagno, il compenso vi sarebbe sempre dovuto... In somma il dritto di usufrutto alienato dal coniuge essendo un bene proprio, lo è del pari il capitale dei 12,000 fr. prezzo della vendita, ed è chiarissimo doversi restituire dalla comunione che lo ha ricevuto. Essa non potrebbe ritenersi i 12,000 fr., come non lo potrebbe se si fossero reimpiegati dal coniuge in un immobile di ugual valore, ovvero se l'usufrutto si fosse direttamente permutato con un immobile.

2. Compensi dovuti alla comunione.

1437 (T). — Ogni qualvolta si prende dalla comunione una somma, sia per soddisfare i debiti o gli obblighi personali di uno de' coniugi, come sarebbe il prezzo o parte del prezzo d'un immobile proprio o il riscatto di una servitù prediale, sia

per recuperare, conservare o migliorare i suoi beni particolari, o generalmente ogni qualvolta uno de' coniugi ha ritratto un particolare vantaggio dai beni della comunione, egli è tenuto a darne il compenso.

SOMMARIO

I. Il coniuge che ha fatto un negozio personale coi danari della comunione, deve compensarla dello ammontare della somma tolta da essa; si rigetta la dottrina di Duranton ed altri. Però se quegli ha fatto il

negozio per la comunione, il compenso sarà dello ammontare del vantaggio procurato al coniuge.

II. Applicazione delle due regole. Controversia. Censura di un errore dello autore.

I. — Siccome allo scioglimento devesi dalla comunione restituire ad ogni coniuge o a suoi eredi tutti i valori personali che ella si è appropriata, così deve a lei ogni coniuge tutte le somme di cui lo ha fornito per affari suoi propri; come per pagare un debito personale del coniuge (per esempio il doppio che ei doveva per la permuta di un bene proprio, o il rimborso di una rendita che gravava sulla successione

immobiliare che gli era pervenuta), o per togliere una servitù dall'immobile, o rimborsare nel caso d'una vendita d'immobile fatta da lui a vil prezzo, la somma ricevuta dall'acquirente e che ei doveva rimettere per riavere l'immobile, o per fare sui beni propri riparazioni non ordinarie.

In queste poche righe abbiamo implicitamente soluta una questione, che sembraci semplicissima, e che pur non di meno è

fortemente controversa. Ed è se il coniuge debba compensare la comunione del danaro somministratogli pel suo affare; ovvero compensarla del vantaggio cavato dall'affare.—Ci è sempre ben parso che il compenso del coniuge debba essere nè più nè meno della somma pagatagli: pare altri scrittori mettono innanzi la contraria idea come un principio da non oppugnarsi. Dice Durantou « I compensi sono regolati da tre principi... Il secondo principio è che il compenso si debba *sino alla concorrenza di quel che il coniuge... ha guadagnato sulla spesa* (XIV-323 e 324) » Glundaz dopo aver detto non potere il compenso essere al di là delle sborsate somme, soggiunge: « bisogna ugualmente tener per fermo che il coniuge debba compensar la comunione *fino alla concorrenza del vantaggio avuto*. Queste due regole sono fondamentali (num. 274) ». Troplong (II-1193) è anche dell'istesso parere. Ma niuna base legale di tal preteso principio ci viene indicata, nè troviamo nel Codice altro che la sua condanna. Vero che la lettera del nostro articolo lascia nel dubbio su ciò, poichè dicendosi nel testo successivamente: « Tutte le volte che *togliessi dalla comunione una somma* per uno affare del coniuge » di poi; ogni qualvolta che *il coniuge ha tratto un vantaggio* dai beni della comunione », l'ultima frase, « ne deve il compenso » può esser presa dagli uni per compenso della *totale somma*, e dagli altri per compenso del *vantaggio avuto*; ma se nulla dice su ciò il nostro articolo havvi un altro che ne parla. Ed è l'articolo 1408 (T), che prevedendo il caso dell'acquisto di un bene proprio fatto dal coniuge coi danari della comunione dice, che quegli si prenderà l'immobile « salvo a indennizzare la comunione del danaro *da essa dato* per tale acquisto » In fatti quando il coniuge usa del danaro della comu-

nione, o questa si prende il capitale di quello, la comunione ed il coniuge sono mutuanti e mutuatari; e non è egli evidente che l'obbligo del mutuatario è di rendere la somma prestatagli, senza badar punto o poco se l'impiego da lui fattone lo abbia avvantaggiato o pur no, e se il suo profitto sia stato più o meno della somma prestatagli?

Rispondesi invano che la comunione, a differenza di un qualunque mutuatario, avvantaggiassi col godimento della cosa migliorata, che la compenserà della perdita avuta ricevendo meno di quel che ha preso. La è un'idea evidentemente falsa, poichè il vantaggio che la comunione cava dal miglioramento del bene proprio, l'avrebbe potuto cavare cogli interessi o con qualunque altro impiego del suo capitale, e non avrebbe compenso alcuno della perdita toccata di una frazione del capitale... Invano vuolsi far capo della supremazia del marito sulla comunione, per inferirne che egli debba qui godere di un grande arbitrio e che possa rendere ciò di cui è stato avvantaggiato. Ciò pareva semplicissimo una volta, quando il marito era veramente *signore e padrone* della comunione; ma oggi che il Codice ha giustamente limitato quel diritto assoluto, non si potrebbe più ammettere; e si vede ben chiaro ed appare dallo spirito del nostro diritto moderno, che il marito e la moglie debbano *indennizzare* la comunione, non pagandole lo equivalente di ciò di cui si sono arricchiti, ma restituendole, nè più nè meno, quel che ne hanno preso (1).

Senza dubbio, se il coniuge trae profitto da un affare della comunione, fatto nel suo interesse, per essa e per suo conto, dovrà questa raccogliere il maggiore o minor vantaggio, ed il coniuge a cui però ridonda l'affare, dovrà indennizzarla fino alla concorrenza di tal vantaggio. Non vi ha più

(1) Demante (Pr., III-84), Bugnet (sopra Pothier, VII, p. 326), Toulhier (V, p. 112); Rodière e Paolo Pont (I-724). — La regola vedesi applicata nelle decisioni che hanno giudicato sulle costituzioni di rendita fatte in pro dei coniugi con un capitale

della comunione, e colla clausola di reversione in persona del sopravvissuto. Big., 29 aprile 1851; Parigi 11 giugno 1853 (Dev., 51, 1, 529; 53, 2, 556). Vedi pure su tal punto la Dissertazione di Paolo Pont, nella *Rivista critica*, I. II, p. 133.

chi toglie, chi dà in prestito; nè l'uno deve restituire all'altro la somma mutuatagli: la comunione ha fatto un affare suo proprio, ed il coniuge è tenuto in faccia ad essa per il principio che nessuno debbe arricchirsi a danno altrui; in modochè le deve solo quello di cui si è arricchito. Ma se il coniuge ha fatto un affare suo proprio coi danari della comunione, deve sentirne solo le conseguenze e restituirle la somma che ne ha presa.

Applichiamo il principio e l'eccezione ad alcuni casi previsti dagli scrittori, di cui uno molto delicato ricevette da noi, in una precedente edizione, una soluzione erronea a nostro sentimento.

II. — Se un coniuge coi danari della comunione abbia comprato la rendita vitalizia che pagava ad un terzo, o l'usufrutto di cui era gravato un bene suo proprio in vantaggio di un terzo, dovrà sempre allo scioglimento restituire la somma pagata, senza riguardare se il terzo cui apparteneva la rendita o l'usufrutto, sia morto durante il corso della comunione o viva ancora. Nel primo caso si direbbe invano con Duranton (nn. 367 e 371) ed altri scrittori, che siccome l'usufrutto o la rendita quand'anche non si fossero ricomprati, si avrebbero dovuti estinguere, allorchè il coniuge riprende il godimento del suo patrimonio; così questi che niente guadagna, non deve nemmeno compenso veruno. Se il coniuge abbia fatto un buono o un cattivo affare non riguarda la comunione, come nè altri che dia in prestito; e quando il coniuge ha comprato il peso di cui trattasi, dovrà egli pagare il prezzo della compra.

Se il peso gravi sul patrimonio della moglie, e il marito l'abbia comprato senza che quella ne sia intesa, allora potrà negarsi qualunque compenso. Direbbe la moglie che il marito come capo ha creduto utile la compra alla comunione; la quale

dovrebbe godere l'usufrutto del terzo, o pagargli la sua rendita; ma la moglie non traendo alcun vantaggio dalla compra, di nulla può esser debitrice alla comunione (1).

« Secondo tali regole, dicevamo nella precedente edizione, se un coniuge coi danari della comunione ha fatto eseguire delle opere nel suo fondo, dovrà indennizzar quella del danaro a ciò somministratogli, non badando al maggior valore che quelle opere abbian potuto procurare all'immobile, se le spese sieno state necessarie, utili o puramente voluttuose». Rodière e Paolo Pont, che van d'accordo con noi sul principio di sopra indicato, discordano su questo punto che ne è la conseguenza e l'applicazione. Ammettono come noi che il coniuge il quale coi danari della comunione ha fatto il suo proprio affare, debba compensar quella della somma tolta e non già del profitto avutone; ciò non dimeno inseguano (I-728) che non si avrà dritto a compenso per le spese puramente voluttuose, se non quando l'immobile abbia acquistato colle migliori un aumento di valore locativo e fino alla concorrenza di tale aumento. Ma non è questa una contraddizione? Le spese voluttuose sono senza dubbio un affare di gusto e di piacere, non un affare di speculazione; ma che importa ciò alla questione? Che importa ad un mutante che voi vi serviate del suo danaro per fare un'operazione vantaggiosa o per soddisfare ai vostri capricci? E poi, chè Rodière e Paolo Pont, riproducendo ed adottando la frase molto esatta di Bugnet, dicono che il coniuge « diviene, in proporzione delle somme pagate, debitore di ciò ch'ei prende dalla comunione, nè più nè meno come se l'abbia tolta in mutuo da altri », come si posson mai considerare, per un caso qualunque, se il *mutuatario* abbia fatto coi danari mutati un'opera più o meno utile, ovvero di puro capriccio? Ciò riguarda lui e non la comunione (2).

(1) Bugnet, sopra Polhier (VII-430); Paolo Pont e Rodière (I, 727); Demante (tomo III, pagina 383).

(2) Vedi Donai, 16 luglio 1853 (Devill., 53, 2, 577).

Cotal soluzione, dopo un novello esame, ci sembra sia inesatta ed applichi falsamente principi per altro giustissimi. Se un coniuge facendo l'affare della comunione deve il compenso di ciò di cui si è arricchito, non v'ha dubbio che facendo l'affare suo proprio dovrà compensar tutte le somme tolte dalla comunione. Ma si dovranno considerare le opere che un marito fa nel suo proprio fondo come un affare personale, sebbene le opere sieno puramente voluttuose?... Noi crediamo al contrario dovere per lo più una siffatta spesa tenersi per conto della comunione. Se il marito su di una sua possessione, in città o in campagna, ha fatto delle opere di abbellimento, delle costruzioni di mero capriccio per procurare alla moglie, ai figli, non che a se stesso una residenza abituale più comoda o più sana, o villeggiature annuali più deliziose e salutari, tutto ciò riguarda più che lui, la famiglia, la comunione.

E quand' anche le opere fossero buone per il solo marito, la comunione deve pa-

gar le spese onde far che egli ristori le forze sprecate in prò di lei, ed abbia quei divagamenti di cui tutti sentiamo bisogno. Sarebbe questo il caso di dire con Coquil- le: « In tanto travaglio di mente egli scema di vigore e di vita; ed è ben ragionevole che il suo vivere fosse in qualche modo rallegrato. Alcuni infatti nelle fabbriche mirano più al piacere che all'utilità. E se egli avesse preso diletto del giuoco (o di altro) e vi abbia perduto, non dovrà punto compensare la comunione » (*Nizernais*, capitolo 22, art. 6).

Ammettiamo adunque che non si dovrà mai compenso (oltre il maggior valore) se le opere si sieno fatte per delizia, per piacere, e non per calcolo. Ma se per l'incontro tali opere, benchè di semplice adornamento, si sieno fatte dal coniuge sul fondo suo proprio per calcolo (come per crescere il valore locativo di una casa), elle andranno a peso del coniuge e peggio per lui se siano riuscite in male, e si dovrà il compenso non del maggior valore del fondo proprio, ma delle spese fatte.

§ 4. — Delle doti costituite dal padre o dalla madre in comunione.

I. — La parola *dote* può aver tre significati.

In senso largo vale tutti i beni che il coniuge futuro, l'uomo o la donna, indipendentemente dalla regola da adottarsi, porta per far fronte ai bisogni di famiglia. In un senso meno largo, e più ordinario, per dote s'intendono solo quei beni che porta la moglie, indipendentemente sempre dalla regola che essa adotta. Infine in un senso speciale e tecnico per dote s'intendono i beni che porta la moglie maritata sotto la regola dotale. In questo senso speciale si suppongono tre circostanze: 1° che i beni siano della moglie (non del marito); 2° che i coniugi adottino la regola dotale (non la comunione o altra regola); 3° infine che i beni siano dotali (e non parafernali). — Del resto importa solo distinguere il primo e l'ultimo significato, cioè la dote specialmente detta e quella intesa nel senso più lato, e che comprende la seconda e la pri-

ma idea.

Qui la legge vuol parlare della dote costituita dal padre o dalla madre ad un figlio, indipendentemente o del sesso di lui o della regola di matrimonio che adotta; ma il padre o la madre che costituiscono la dote, li suppongono maritati sotto la regola della comunione. Delle regole relative alla dote propriamente detta si farà discorso nel capitolo della regola dotale (art. 1542, 1543 (1355, 1356)); e lì pure (art. 1544, 1548 (1357, 1361)) si tratterà della dote quale essa sia, costituita dal padre o dalla madre maritati sotto la regola dotale.

Quindi il testo parla da una mano nel capitolo della *Comunione* della dote in generale *costituita dal padre o dalla madre in comunione*; dall'altra parte, nel capitolo della regola dotale dispone mano mano della dote specialmente detta e realmente *dotale*, ed altresì della dote in generale *costituita dal padre o dalla ma-*

dre maritati sotto la regola dotale. Non si trattò dei casi in cui i genitori non avessero adottato nè la comunione nè la regola dotale, perocchè i compilatori videro solo, per dir così, due regole, la Comunione e la regola dotale, ritenendo le altre come modificanti la prima.

II.— Si può in vero attaccare il disegno del Codice intorno alle disposizioni relative alla dote (che era conseguenza dell'idea generale notata da noi nel principio del titolo). È difettoso perchè pone in due luoghi lontani le regole che si sarebbero più facilmente comprese, riunite in un medesimo punto; è pur difettoso perchè si pongono come speciali al tal caso, regole generali e da applicarsi a tutti i possibili casi; quindi la disposizione dell'articolo 1440 (T) sebbene fatta per la regola della comunione, si applica parimente

sotto la regola dotale e sotto qualunque altra, e le disposizioni degli art. 1547, 1548 (1360, 1361) che riproducono la precedente dell'art. 1440 (T) si applicano pure in ogni ipotesi, e quale che sia la regola di chi è dotata e di chi dota, benchè poste nella materia della regola dotale. I compilatori anzichè riunire, come conveniva, le varie regole che si volevano riprodurre dell'antico dritto, hanno qui copiato nel capitolo della comunione ciò che trovarono negli scrittori dei paesi consuetudinari, e nel capitolo della regola dotale le regole degli scrittori dei paesi di dritto scritto; pure noi seguiremo gli articoli nel nostro commento, sicuri che le osservazioni già fatte e quelle che occorrendo faremo bastino a togliere la confusione che ne potrebbe sorgere.

1438 (T).— Se il padre e la madre abbiano unitamente dotata una figlia comune senza dinotar la porzione per la quale intendevano di contribuire, si reputa che ciascuno sia concorso a dotarla per metà, tanto se la dote sia stata somministrata o promessa su' beni della comunione, quanto se lo sia stata su' beni propri d'un solo de' coniugi.— Nel secondo caso, il coniuge i di cui immobili, o beni particolari furono costituiti in dote, ha su' beni dell'altro una azione d'indennità per la metà della do-

te, avuto riguardo al valore di ciò che si è dato nel tempo della donazione.

1439 (T).— La dote costituita dal solo marito su' beni della comunione alla figlia comune, è a carico della stessa comunione; e qualora la moglie accetti, la comunione deve soddisfarla la metà della dote, purchè il marito non abbia dichiarato espressamente ch'ei ne assumeva il peso interamente o per una porzione maggiore della metà.

SOMMARIO

- I. Dote costituita al figlio comune dai coniugi.
- II. Dote costituita allo stesso figlio dal padre o dalla madre semplicemente. — Dote costituita da uno dei coniugi a un figlio avuto da precedente matrimonio.
- III. Antica clausola per la quale il figlio comu-

ne non godeva dei mobili ed acquisti del genitore premorto. Svolgimento della clausola, per cui il padre o la madre imputano la dote sulla successione del coniuge che premuore. *Inesattezza di Toullier, di Rodière e Paolo l'out.*

I.— Sebbene per le nostre leggi non si è dato dritto al figlio di costringere i parenti a dotarlo (art. 204 (194)), pure è questo un obbligo naturale dei genitori che incombe a ciascuno di loro personalmente e li lega dell'agual modo.

Quando due coniugi dotino congiunta-

mente il loro figliuolo comune, la dote, quali che sieno i beni su cui è costituita e poi pagata, è sempre dovuta da ciascuno di loro per metà, salvo che si dichiari il contrario. Certo se dicesi che il tal coniuge o perchè più ricco dell'altro o per altro motivo pagherà i due terzi, i tre quarti, od

anche tutta la dote. Quindi sebbene la dote si fosse costituita e pagata esclusivamente sui beni propri della moglie, il marito sarà sempre tenuto ad una metà, e la moglie avrà il regresso contro di lui per la metà da lei data per suo conto. Parimente se la dote è costituita e data in beni della comunione, non si potrebbe pretendere dalla moglie di essere un peso della comunione, e di potersi ella esonerare rinunziando a quella: ella benchè rinunzi, deve per la sua metà, come il marito per la sua, compensare la comunione del debito pagato da essa per conto dei due coniugi (1). Del rimanente in ambi i casi la indennità da pagarsi o alla comunione da ciascun coniuge, o all'uno di essi dall'altro si determina secondo il valore della cosa al tempo della donazione, e non già secondo il maggiore o minor valore che può avere quando deve pagarsi l'indennità.

II. — Il Codice tratta quindi della dote costituita al figlio comune dal solo marito in beni della comunione, ma non tratta 1° della dote costituita dal marito in beni suoi propri, 2° di quella costituita dalla moglie, e 3° di quella che l'uno dei coniugi farebbe ad un figlio nato da precedente matrimonio. Mano mano tratteremo di ciascuno di questi vari casi.

Quando il marito ha costituito la dote sopra beni della comunione, egli dee riguardarsi aver agito per conto e qual capo di quella, perchè secondo l'art. 1422 (T), egli può donare i beni della comunione per il collocamento di un figlio comune; ciò infatti sembra più naturale, poichè se si voglia reputare che abbia agito per suo proprio conto, da un lato la volontà di donare deve sempre prendersi in senso stretto; dall'altro essendo sì la moglie che il marito nell'obbligo di dotare, è ben naturale il supporre che il marito abbia inteso donare in modo che la moglie ne sostenesse la metà. Ciò posto la legge dichiara doversi qui reputar la dote, tranne non vi sia una dichiarazione in contrario, a ca-

rico della comunione; in guisachè la moglie ne sosterrrebbe metà se accetti, nulla se rinunzi. Che se nell'atto il marito dica volersi gravare personalmente di tutta la dote, o di tre quarti, o di qualsiasi porzione chè passi la metà, egli non potrà più mettere innanzi la supposizione di sopra, e la moglie accettando dovrà semplicemente il dippiù. Ma se egli abbia dichiarato volersi gravare solo di metà, si riuscirebbe sempre ad un punto, poichè la dichiarazione di lui indicherebbe quella volontà che la legge gli suppone quando ci tace.

Non si creda per altro che la legge, parlando di dote costituita *sopra i beni della comunione*, riguardi solo le cose determinate *in individuo*, la tal casa, la tal rendita, quelle botti di vino della tale cantina, ecc.: ogni volta che la dote consiste in una promessa di una determinata somma *in genere*, sarà per ciò stesso costituita in beni comuni, e si applicherà la nostra regola; poichè in generale i danari fan parte dei beni della comunione, e la dote così costituita andrà a peso di questa comunione, secondo l'art. 1409-2° (T).

Se il marito abbia costituito la dote sopra beni suoi personali, ha fatto un affare suo proprio, e la moglie rinunziando od accettando non deve sostenerne la benchè inenoma parte.

Da ultimo, se la moglie sola costituisce la dote al figlio comune, dovrebbero farsi varie distinzioni. E dapprima se la dote è costituita in beni comuni o (che vale il medesimo) in una determinata somma *in genere*, e la moglie sia autorizzata dal marito, sono obbligati la comunione, e quindi il marito (art. 1419, 1426 (T), 1397); ma l'una e l'altro hanno il regresso contro la moglie che deve sola pagare l'intera dote, avvegnachè il marito autorizzando la moglie, e nulla per se promettendo, ben rivela di non voler contribuire alla dote.

Se la moglie nell'assenza del marito,

(1) Rig., 14 genn. 1856 (Dev., 56, 1, 289). — Vedi pure Bordaueux, 17 gennaio 1854 (J. P., 1856, MARCADI, vol. III, p. I.

l. 1, p. 505).

autorizzata dal giudice costituisce la dote in danaro o in altri beni comuni, essa n- gisce in vere del marito, per modo che la dote dovrà pagarsi dalla comunione come se l'avesse costituita il marito, e quindi sarà pagata o dai due coniugi, da ciascuno per metà se la moglie accetta, o dal solo marito se ella rinunzia. Se in fine la moglie, non monta se con autorizzazione del marito o giudiziale, avesse costituita la dote in beni suoi propri, ella dovrebbe pagarla per intero.

Quando uno dei coniugi costituisca la dote al figlio di un precedente matrimonio, egli deve interamente pagarla senza distinzione di sorta. Se dunque la dote è data in beni propri, niuna difficoltà s'incontra; se al contrario in beni comuni, la comunione sarà compensata dal coniuge debitore della dote (art. 1469 (T)).

Ben si comprende (contestata osservazione si applica a tutte le sopradette ipotesi) che se delle volte è da riguardarsi il patrimonio su cui la dote è costituita e promessa per conoscere chi debba pagarla, bisogna aver riguardo al patrimonio su cui la dote si prende e si dà (che può non essere il medesimo), per conoscere se, a chi, e da chi sia dovuto il compenso.

III.—Un tempo permettevasi al padre e alla madre (art. 281, Consuetudine di Parigi) di imporre un peso alla dote costituita al figlio dopo la morte di uno di essi, lasciando che il superstite goda in sua vita dei beni mobili e della porzione di quelli che spettano al predefunto; e se il figlio non ratificasse quella stipulazione e intendesse godere dei mobili e dei beni della comunione, egli dovrebbe imputare tutta la dote sulla successione del genitore predefunto, per modo che il superstite non ne dovesse pagare alcuna parte.

Il Codice dichiarando nulla qualunque rinunzia, fatta anche nel contratto di matrimonio, ai dritti da esercitarsi poi su d'una successione non ancora aperta (art. 791 e 1130 (708 1084)), e le condizioni contrarie alle leggi riputandosi non scritte nelle donazioni (art. 900 (816)), ne segue che qualunque stipulazione di lasciar go-

dere il superstite sì degli acquisti o dei mobili, o di qualunque altra parte della eredità di chi morrà il primo, sarebbe al dì d'oggi come non avvenuta, quando anche si presenti non qual semplice condizione imposta dai genitori, ma qual convenzione formalmente stabilita tra essi ed il figlio—In qualunque modo fosse espressa la clausola, sarebbe nulla del tutto, ed un notaro, checchè ne dica Toullier (XII-338), dovrebbe negarsi ad inserirla, sebbene le parti insistono; dappoichè quegli non esercita, come crede Toullier, un ministero *puramente passivo*, nè deve essere organo di atti contrari alla legge.

Ma se i genitori non possono stipulare, anche consentendolo il figlio, che questi in considerazione della dote resterà privo di una parte della successione del premoriente, possono bensì dichiarare che la dote che gli costituiscono sarà sulla suddetta successione, o quel che vale lo stesso, che essa è data quale anticipazione di legittima del predefunto. Tal clausola è molto in uso e ne determineremo qui gli effetti.

Da essa deriva che il figlio al *postutto* sia dotato dall'uno dei due genitori che muore il primo, in modo che dopo la morte di questo, il superstite non ha dato nulla, e intanto che vivono entrambi, ignorasi quale dei due abbia dato la dote. Ma tale incertezza lascerebbe, durante la vita dei genitori, incerte le quistioni di cui lo immediato srioglimento è indispensabile. A chi chiedere il pagamento della promessa dote? Da chi ripetere gl'interessi della somma dovuta o le annualità della stabilita rendita? A chi occorrendo si potrà chiedere la garanzia, a cui l'articolo 1740 (1586) sottopone il costituente?... A tali quistioni non può risponderci col dire, *al genitore che morrà il primo!*

Or siccome è necessario che la qualità di costituente risegga sovra uno, nè vi ha ragione o pretesto, perchè pesi dappiù sull'uno o sull'altro dei coniugi (avendo essi costituito col medesimo titolo, colla medesima condizione e colla medesima eventualità), ne segue che provvisoriamente fino alla morte dell'uno debbano entrambi ri-

tenersi quali costituenti ordinarli, come se la clausola d'imputazione non esistesse, non potendo avere effetto se non dopo la morte. Ogni costituzione di dote fatta coll'imputazione di cui si è parlato, equivale alle due proposizioni: 1° la dote è da noi costituita, ciascuno per una metà; 2° ma ognuno di noi stipula che sopravvivendo non darà tal metà, come si obbliga a pagare il tutto se egli premuore. Segue da ciò che gli effetti della costituzione di cui parlasi sono molto vari, secondo il tempo in cui si guarda: 1° finchè i genitori esistono, le cose vanno come se l'imputazione non fosse, e quelli son riguardati come costituenti ordinarli, ognuno per la metà sua; 2° quando l'uno muore, tutto si cambia: essendosi compiuta la condizione della premorienza colla quale egli si era gravato della intera dote (e retroagendo come tutte le condizioni) dal solo suo patrimonio è ed è stata sempre dovuta la dote, e le cose debbono allora rimettersi nello stato in cui sarebbero, se il predefunto avesse costituito solo la dote *ab initio*.

Ecco ad esempio un sol caso di applicazione di quest'ultima regola. Se supponiamo che la dote benchè costituita dai genitori, si fosse tolta dai beni propri dell'uno di essi, e giusto su quelli del superstite, l'intera dote è stata da lui pagata qual debito del coniuge premorto ed ha il dritto sulla successione di questo ad un compenso pari al valore che avevano i beni donati al tempo della donazione.

Un'ultima parola su tal clausola d'imputazione. Se nel caso in cui la dote imputabile sulla eredità del predefunto ecceda il dritto ereditario del figlio, costui fosse obbligato a vedersi assottigliare la dote, ovvero il superstite obbligato a pagargli la porzione di dote che l'eredità non può dare, è gravemente controverso dagli scrittori.

Massè (*Giurisp. del notariato* V-481);

Bellot (I, p. 568) e Tessier (I-33, B) insegnano la prima delle due idee. Toullier (XII, 340 e 341) per ragioni poco intelligibili, che il suo chinsatore Duvergier dice di non comprendere, e in combutte vivamente, dichiara che il figlio sarà tenuto a veder ridotta la dote al suo dritto ereditario, o il genitore superstite non dovrà contribuire alla dote quando si dirà che la dote è data in anticipazione della legittima del premoriente; ma ei pretende non esser lo stesso se si dichiara *imputabile sulla successione* del predefunto.

Finalmente Paolo Pont e Rodière (I-99), senza distinguere i termini del contratto, e adottando altra distinzione, dicono che il superstite sarà tenuto pagare il compimento della dote, se questa è già pagata alla morte del coniuge, ma che non ne sarà liberato nel contrario caso.

Non sapremmo invero adottare nè l'una nè l'altra di queste distinzioni; e diciamo doversi applicare in tutte le ipotesi la dottrina professata dai tre primi scrittori, la quale è stata consacrata da una decisione della Corte suprema (1).

Cercasi invano da noi la differenza tra la dote che si dà per *anticipazione di legittima* e quella per *imputazione sulla eredità*; dappoichè fare un dono a condizione che s'imputerà sulla futura eredità del donante, vale fare un'anticipazione di legittima all'eredità presuntivo. Se è vero che il superstite non può essere obbligato a dare il compimento della dote non ancor pagata al tempo della morte; dunque sopravvivendo nulla ei deve, benchè non basti alla dote il patrimonio del predefunto; or poichè anche in questo caso il debito non è del superstite, bensì del patrimonio del premorto, non importa a lui se il debito si paghi tasto o tardi nè la data del pagamento può far suo l'obbligo di un altro.

In breve, essendosi stipulato che la eredità del premorto darà solo la dote, il su-

(1) Cass. di una decisione di Grenoble, 11 luglio 1814. — Per la contraria opinione citasi da Toullier una decisione di Parigi degli 11 gen. 1819.

Ma oltre che confutasi da noi lo avviso di lui, è dubbio se la decisione abbia il senso dato da Toullier.

perstite non deve contribuirvi. Per essere premoriente, e poi su quella del superstita, altrimenti bisogna sia stato detto che la dote s'imputerà in pria sulla credità del

1440 (T)—All'assicurazione della dote trrimonio, ancorchè sia conceduta una dilazione al pagamento, quando non siavi stipulazione in contrario.

SOMMARIO

I. Generalità di questa regola. Perchè il donante, in caso di dote, va soggetto di pieno dritto alla garanzia e al pagamento degli interessi.

II. La garanzia della dote costituita ad uno dei coniugi è dovuta ad entrambi. In caso di stipulazione in contrario l'obbligazione

vien meno. In che si estende tale obbligazione.

III. Il debito per interessi cessa, o con una stipulazione formale o quando la cosa è improduttiva: censura della dottrina di Toulhier.

I.—Questo articolo, a differenza dei due precedenti, stabilisce un principio che non è speciale alla regola della comunione. La dote, sia costituita dai genitori maritati in comunione, o sotto la regola dotale o sotto altra regola, o da altri parenti, o da estranei, sia che chi la riceva si mariti in comunione, o sotto qualunque altra regola; in tutti i casi possibili ha luogo sempre la doppia disposizione del nostro articolo: infatti l'articolo 1547 (1360) la riproduce identicamente nella materia della regola dotale per la garanzia, e l'articolo 1548 (1361) per gli interessi.

La costituzione di dote è un atto differente dagli altri, che insieme partecipano della donazione e dell'atto a titolo oneroso. Il donante è un donatore, poichè gratuitamente e senza ombra di vantaggio reciproco si spoglia del suo; ma il donatario sotto un riguardo riceve la dote a titolo oneroso, poichè essa è destinata a far fronte alle spese necessarie nel matrimonio, a cui non si sarebbe sobbarcato senza di quella. La dote adunque offre da un lato il carattere della donazione, e sarà quindi come questa soggetta alla riduzione, alla collazione, alla revoca per sopravvenienza di figli al donante; ma dall'altra presenta il carattere di atto a titolo onero-

so, e quindi il donatario ha il diritto di garanzia e quello di esigere interessi per la dote pagabile a termine, quando anche non stipulati.

Svolgiamo separatamente ciascuna di queste due idee

II.—In principio un donante non deve garantire ciò che dona. Ma qui avviene altrimenti; poichè siccome ambedue i coniugi, il donatario e l'altro fanno capo dalla dote pei bisogni domestici, non ci è a dubitare che la garanzia si debba all'uno non che all'altro. Delvincourt pretende che la garanzia della dote costituita alla moglie si debba al solo marito; ma la sua opinione è stata a ragione rigettata da tutti gli scrittori: poichè la moglie è interessata, non meno che il marito, a conservare i mezzi assicurati dal contratto. L'errore di Delvincourt è tanto più strano perchè rigorosamente il dritto di garanzia appartiene in proprio alla sola moglie cui fu fatta la donazione; ed il marito ha il dritto di agire contro il donante come avente causa della moglie, e per l'applicazione dell'art. 1466 (1419) (1).

Del resto benchè il nostro articolo, e gli art. 1547, 1548 (1360 1361) permettano che il donante stipuli espressamente di non esser tenuto agli interessi, ciò può anche

(1) Duranton (XIV-296; XV-375); Tessier (I, pagina 193); Bellot (I, p. 538); Benoit (I-80); Zacha-

riac (III, p. 390); Rodière e Paolo Pont (I-101); Odier (III, 1145); Troplong (II-2219).

fare per la garanzia; poichè se questo è lecito ad un venditore (art. 1627 (1473)), deve con più ragione esserlo al donante.

Ma qual sia l'estensione della garanzia imposta al donante? Non è detto nel Codice, sicchè dovrà risolversi la questione secondo le regole dalla garanzia dovuta in caso di vendita, salve le modificazioni che le circostanze richiederanno secondo la differenza dei due casi.

Quanto ai crediti il donante garantisce solo la esistenza, non già la solvenza del debitore, poichè non ad altro sarebbe tenuto il venditore (art. 1693 (1539)). E siccome l'art. 1694 (1540) in caso di non esistenza vuole che il venditore debba rimborsare non lo ammontare del credito, ma il solo prezzo ricevuto, che è ciò che perde il cessionario, bisogna concludere che qui il donante non dovrà pagar sempre e specificatamente il capitale nominale del credito, ma quel che perderebbe il donatario, cioè quel che il donatario ne avrebbe ricavato, ove quello fosse esistito. Così se il preteso debitore fallisse al momento stesso del matrimonio o poco dopo, la garanzia dovrebbe ridursi al dividendo che si sarebbe ricevuto ove il credito fosse stato reale. Ma finchè può credersi che il donatario avrebbe ottenuto il valore del credito, dev'esser ristorato per intero dal donante.

Per le cose corporali l'evizione può essere totale, parziale, ovvero di semplici vizi occulti.

Se ella è totale, il donante deve il valore che ha la cosa al tempo, sebbene sia più o meno del valore che essa aveva al giorno della donazione, dovendo egli rindennizzare il donatario del danno cagionatogli. Cotal soluzione, semplicissima se lo oggetto val meno di quando si donava, potrà sembrar rigorosa per il caso contrario, e si potrebbe affermare che il donante non ha potuto, in nessun caso, avere in pensiero di obbligarsi per più di quel che aveva donato. Ma non va così: siccome è fermo principio che si renda indenne la persona garantita, e questa per lo aumento della cosa ha potuto crescere le sue spese o le

sue obbligazioni di che è stato causa il donante, deve questi sentirne le conseguenze.

Se la evizione è parziale, il donante, come il venditore, deve pagare il prezzo della porzione scemata, in ragione del valore della cosa al tempo della evizione (articolo 1637 (1483)); ma il donatario potrà egli, come il compratore (art. 1636 (1482)), costringere il garante a riprendere l'oggetto per intero, pagandogliene il valore totale? No; perchè il compratore deve per ciò fare risolvere la vendita; ma un contratto sinallagmatico, come quello di cui è discorso, non si può risolvere, e il donatario infatti lo vuole interamente eseguito.

Infine se la cosa abbia semplici vizi occulti, potrà sorgere dubbio se vi sia dritto a garanzia. Si potrà dire che il costituente col semplice fatto della donazione abbia dovuto trasmettere la cosa per come era, e che nulla deve poi pesi occulti, o segreti difetti. Ma tale idea è inesatta per quest'ultimo caso che per i precedenti: essa è vera soprattutto per il donante ordinario che sarà in conseguenza liberato sempre dal debito di garanzia; ma è falsa specialmente per il donante il quale a tal riguardo si reputa come se avesse fatto un atto a titolo oneroso, e in tutti i casi è tenuto a garanzia.

I coniugi han fatto assegnamento sul valore che la cosa mostrava di avere, e devono essere quindi indennizzati.

Per altro o il donante ignorava i vizi, ed ha inteso procurare il valore che la cosa mostrava di avere, in modo che quella era l'intenzione delle parti; o li conosceva, ed allora era in colpa.

Sicchè nell'un caso come negli altri può il donante sottrarsi ai possibili risultamenti del suo atto colla espressa riserva che può sempre stipulare.

III.—Dovendosi colla dote far fronte ai bisogni domestici, si è fatta una eccezione al principio che gli interessi si devono dopo fattane la dimanda; ed è che, ove la dote non si paghi in contanti, correranno gli interessi di pieno dritto dal giorno del matrimonio.

La regola non si applica nè al caso in cui il donante dichiara formalmente nel contratto di non voler pagare interessi, nè quando la dote consista in cose che non ne producono. Il nostro articolo non che l'art. 1548 (1361) stabiliscono la prima eccezione, la seconda fondata sulla ragione sorge parimente dal testo di questi articoli, se ben si comprendano; poichè ivi sta detto non già, come sembra che pensi Toullier (XIV-97), che qualunque dote darà interessi, ma solo che la dote, ove potrà darne, li darà dal giorno del matrimonio.

Di conseguenza, se la dote che si paga a termine, consiste in una somma determinata, gli interessi corrono dal giorno dal

matrimonio. Se l'oggetto è un immobile, si dirà per analogia dovere il donante rilasciare al donatario i frutti di esso o il loro equivalente.

Ma se trattasi, a mo' d'esempio, di mobili, il donante non dovrà interessi; nè tampoco li dovrebbe se egli avesse costituito un credito su d'un terzo non produttivo d'interessi; e ben a ragione la dottrina contraria di Toullier (*loc. cit.*) è stata rigettata da tutti gli scrittori, non che dal suo annotatore Duvergier (1).

N. B.—Bisogna metter d'accordo la spiegazione di quest'articolo con quella degli art. 1547 e 1548 (1360 e 1361).

SEZIONE III.

DELLO SCIoglimento DELLA COMUNIONE E DI ALCUNE CONSEGUENZE DI ESSO.

Per poco soddisfacenti che siano le divisioni adottate nelle quattro sezioni a cui noi siamo pervenuti, le seguiremo per non

isconvolgere di troppo gli articoli. Ma nel nostro sunto seguiremo l'ordine logico.

§ 1° — Cause per cui si scioglie la comunione.

1441(1405M).—La comunione si scioglie: 1° per la morte naturale; 2° per la morte civile; 3° per il divorzio; 4° per la separa-

zione personale; 5° per la separazione dei beni.*

I. — Le cinque cause di scioglimento porte innanzi dal nostro articolo possono realmente ridursi a tre. Infatti da una parte il divorzio è abolito; e dall'altra la separazione di persona non va distinta dalla separazione di beni, poichè quella producendo la separazione dei beni scioglie mediamente la comunione (articolo 341 (T)); sicchè questa sempre, intervenga principalmente, o come conseguenza della separazione di persona, è la causa unica dello scioglimento.

Ma viceversa devono sostituirsi altre due, di cui l'articolo non fa cenno: la sen-

tenza che annulla il matrimonio putativo, e qualche volta la dichiarazione d'assenza. Abbiain visto infatti (art. 201-202 (191-192), n. III), che il matrimonio contratto di buona fede, annullandosi conserva tutti i suoi effetti pel passato; che quindi ha fatto esistere fra i coniugi una vera comunione che si scioglie per la sentenza, e che esso è come un matrimonio valido che si scioglie col divorzio. Abbiain visto parimente (art. 124 (130), nn. IX e XVII); che la dichiarazione di assenza di un coniuge in comunione diviene causa reale dello scioglimento di questa: 1° se il con-

(1) Delvincourt (t. II); Duranton (XV-382); Benoît (I-158); Tessier (I, p. 167); Zachariae (III, p. 392); Odier (III-1154); Duvergier (sopra Toullier, *loc. cit.*); Rodière e Paolo Pont (I-116); Troplong (II, 1255 e 1256).

* Il corrispondente art. 1405 è così concepito:
« La comunione si scioglie 1. per la morte; 2. per la separazione personale; 3. per la separazione dei beni.

io: elegge lo scioglimento provvisorio, e 2° quando scelto che abbia di continuare, segna poi l'immissione definitiva, se in ambi i casi non si giunga mai a provare o la resistenza o la morte dell'assente.

Cinque sono dunque le cause per cui la comunione si scioglie: 1° la morte naturale; 2° la morte civile; 3° la separazione di beni; 4° la dichiarazione di nullità del matrimonio; e 5° la dichiarazione di as-

senza.

Dopo ciò il Codice passa a due conseguenze particolari che truo alle volte lo scioglimento della comunione: 1° la pena che s' infligge al coniuge superstite per la mancanza d'inventario (articolo 1442 (1406)); 2° la separazione giudiziaria di beni, di cui s' occupa nel resto della sezione.

§ 2. — Della mancanza d'inventario per parte del superstite.

1442 (1406 M).—La mancanza di inventario dopo la morte naturale o civile di uno dei coniugi, non dà luogo alla continuazione della comunione; salvo le azioni delle parti interessate relativamente alla prova della esistenza dei beni ed effetti comuni, la quale prova potrà farsi tanto per documento, quanto per pubblica fama.

Se vi sono figli minori, la mancanza di inventario fa inoltre perdere al coniuge superstite il godimento delle loro rendite, ed il surrogato tutore che non lo ha costretto a far l'inventario è solidariamente tenuto con lui a tutte le condanne che potessero pronunziarsi a favore dei minori.*

SOMMARIO

- I. Il Codice non vuole si continui la comunione come in antico, ove mancò l'inventario.
- II. Ma dà dritto a tutti gli interessati di provare per pubblica fama il valore della comunione. Questo dritto adunque non è solo pei figli minori: errore di Toullier.

- III. Caso vi siano figli minori, per la mancanza di inventario perdesi il dritto d'usufrutto legole dal sopravvivente. Sviluppo di questa regola: controversia. Obbligo e responsabilità del tutore surrogato.

I. — Un tempo, se il superstite coniuge non faceva inventario non si poteva sciogliere la comunione, la quale continuava tra quello e gli eredi del predefunto. Secondo la Consuetudine di Parigi ciò avea luogo se gli eredi erano figli del defunto e minori; ma secondo altre anche pei figli maggiori e per gli eredi collaterali (1).

Rimaritandosi il coniuge sopravvissuto si formerebbe una comunione che dicesi *tripartita* poichè dividesi tra 1° il sopravvissuto, 2° gli eredi del predefunto, e 3° il secondo coniuge. Dopo la morte di costui, la comunione poteva durare pure per li suoi figli, in guisachè se un padre in comunione con figli di vari matrimoni, to-

gliesse a moglie una donna che fosse in simile condizione, formerebbersi una comunione composta di cinque o sei comunioni! E variando le condizioni e gli effetti di tali continuazioni di comunione secondo le differenti consuetudini, si entrerebbe in un labirinto a volerle liquidare, quando per esempio due coniugi maritati in un paese vengono a porre stanza in un altro ove uno rimunendo vedovo si rimariti sotto una legislazione diversa.... Ma sotto il Codice tale imbarazzante stato di cose non può aver più luogo; dichiarandosi nel nostro articolo che la mancanza d'inventario fa cessare la comunione.

II. — Il Codice togliendo quelle bizzarre

* Il corrispondente art. 1406 è così espresso: « La mancanza dell'inventario dopo la morte naturale di uno, ecc.

(1) Vedi specialmente *Parigi*, art. 240-241; *Orléans*, art. 216; *Bar*, art. 232; *Montargis*, cap. 9, art. 3.

continuazioni di comunione, abilita gli eredi del predefunto, mancando l'inventario, a provare non solo con titoli, ma anche con testimoni e colla pubblica voce, il valore della comunione (1). Secondo noi tal dritto appartiene agli eredi del defunto, qualunque essi sieno. Vero che Toullier (XIII-5) e una decisione della Corte di Caen (2) che ne seguì la dottrina, insegnano essere dei soli figli minori, perchè si dice a questi soltanto appartenere l'antico dritto di far continuar la comunione, al quale fu sostituito quel beneficio. Ma in prima havvi in ciò un errore di fatto: spesso la comunione continuava coi figli maggiori ed anche coi collaterali; e siccome la nuova regola è tanto razionale, quanto l'antica ridicola e contro natura, era naturale che il Codice la stabilisse in modo generale. E ciò esso ha fatto accordando questo dritto alle *parti interessate*, e dopo scritto il primo paragrafo per tutti quelli che hanno interesse ad invocarlo, stanza poi nel secondo quel che si debba decidere *quando vi siano figli minori*. Da ultimo ciò sorge pur chiaro dai lavori preparatori: l'oratore del governo dopo aver distinto il caso in cui vi fossero figli minori, da quello in cui non ve ne fossero, aggiunge che « *in tutti i casi si ammetterà la prova per voce pubblica*, » e l'oratore del Tribunato alla sua volta dice che « il dritto esiste *senza distinzione* per le parti interessate (Fenet, XI, p. 672 e 371) ».

III. — Il nostro secondo paragrafo che riguarda solo il caso di figli minori, ha fatto sorgere varie difficoltà. Questo principio, stanziato per la comunione, dovrà pure applicarsi per le altre regole di matrimonio? Il coniuge sopravvivate che for-

mando l'inventario evita la pena pronunziata, dovrà necessariamente stenderlo in un termine stabilito? Dentro qual termine? Spirato che è, si perderà pure il dritto di usufrutto, o si rimetterà al giudice il dichiararlo perduto o no secondo le circostanze? Da ultimo si perde soltanto il godimento dei beni che appartengono ai figli nella comunione di cui non si è fatto inventario, ovvero di tutti i beni che possono appartenere loro?

Toullier (XIII-8) e Chardon (n. 146) insegnano non potersi perdere i beni che pervengono al figlio dopo lo scioglimento della comunione; ma l'inesattezza di tale idea vien provata dalla discussione al Consiglio di Stato. Infatti i redattori per assicurare la formazione dell'inventario infliggono al sopravvivate che nol farebbe una pena severa, proponendo, oltre la privazione assoluta del dritto d'usufrutto legale che a molti non parve bastevole, un riudennizzo pari a un quarto della comunione (*ibid.*, p. 364-366). Quest'ultima idea non fu ammessa; ma dagli atti sorge ben chiaro che si è tolto al sopravvivate il dritto d'usufrutto legale stabilito dall'articolo 384 (298), il che pare anche troppo mite. Non si deve dunque aver riguardo nè all'origine dei beni, nè al tempo in cui pervengono al figlio; poichè colla mancanza dell'inventario, il sopravvivate diviene indegno del privilegio annesso dall'art. 384 (298) alla patria potestà (3). — L'inventario, secondo l'art. 1456 (1421) e l'uso costante dell'antica giurisprudenza, di cui i redattori intesero per fermo riprodurre la regola, deve stendersi nel termine di tre mesi, salvo il dritto al sopravvivate di farsi accordare dal magistrato

(1) È stato giudicato che la mancanza d'inventario non può derogare per nulla, contro il coniuge sopravvivate, alle regole relative alla composizione della massa da dividersi, e alle reciproche prelevazioni dei coniugi. In ispecial modo il coniuge sopravvivate in simil caso, dichiarando di provare che la successione del coniuge defunto era composta semplicemente di vari titoli di credito, non può costringersi a dare in specie i beni, mobili o immobili, portati in dote dal defunto per come s'indicano nel contratto di matrimonio, salvo il dritto che hanno gli eredi del defunto, per la

mancanza d'inventario, a provare la consistenza dei beni della eredità, tanto per titoli che per pubblica voce. Cass., 5 marzo 1855 (Dev., 55, 1, 583. — Vedi intanto Amiens, 22 marzo 1855 (Dev., 55, 2, 326).

(2) Caen, 4 genn. 1810 (Devill., 41, 2, 82). — *Contra*: Caen, 19 genn. 1832; Odier (1360); Paolo Pont e Rodière (1762); Troplong (II 1284).

(3) Vedi Proudhon (I. I, p. 221), Rodière e Paolo Pont (I. I, n. 772). — Vedi frattanto Bijon, 17 gennaro 1856. (Hall., 56, 2, 94), e Bemolombe (LVI, n. 579).

una proroga, se per casi speciali quel termine non basti. — Avuto riguardo all'importanza che i nostri legislatori applicano alla formazione dell'inventario, di cui i riferiti atti fan prova, sorge pur chiaro che la pena infliggersi per la mancanza dell'inventario; e fu violato lo spirito della legge nella decisione della Corte di Caen, con cui non fu pronunziata la perdita, perchè il termine era scorsu dopo poco tempo dalla formazione dell'inventario, e d'onde per altro non era venuto alcun danno ai minori (1).

Il giudice non ha arbitrio, e non essendo fatto l'inventario nei tre mesi dalla morte, o prima di spirare la proroga accordata dal magistrato, non potrà più questi esimersi dal pronunziare la perdita. A ragione adunque la dottrina di questa decisione, che sembra esser quella di Proudhon (*Usuf.*, I-174), Bellot (IV, p. 345), e che è pure adottata da Demolombe (VI, 573), benchè confessi che è in qualche modo arbitraria, è stata generalmente rigettata (2). — Da ultimo, non ostante l'accanita controversia che scisse gli scrittori, non esitiamo punto a dire, come già di-

cemmo sotto l'art. 387 (480), n. VII, doversi la nostra disposizione applicare esclusivamente al caso della comunione e non potersi estendere ai casi in cui il sopravvivevole si sia maritato sotto una delle regole di esclusione di comunione, di separazione di beni o dotale.

A ciò ci spinge un motivo ben semplice, innanzi a cui cadono tutti gli argomenti in contrario, cioè che qui trattasi d'una vera pena; che le pene non si potranno mai oltre al caso previsto estendere per analogia a casi non previsti, e che qui non si può neanche invocare una vera analogia, poichè anche gli avversari riconoscono che l'inventario debba sempre stendersi sì nel caso di comunione, come nelle altre regole (3).

Inoltre è obbligo del tutore surrogato dei figli minori fare stendere lo inventario, e costringervi occorrendo il coniuge sopravvivevole; ove ciò non faccia è egli tenuto in solido a tutte le condanne che possono pronunziarsi contro il coniuge sopravvivevole, salvo sempre il regresso contro di questo.

§ 3. — Della separazione giudiziaria di beni.

1. Causa, forme e condizioni della separazione.

1443 (1407). — La separazione dei beni non può domandarsi che in giudizio dalla moglie, la quale si trovi in pericolo di perdere la dote, e quando il disordine degli affari del marito dà luogo a temere che i

di lui beni non sieno sufficienti per soddisfare i dritti e le azioni di ricupera della moglie. Ogni separazione stragiudiziale è nulla.

SOMMARIO

I. La separazione dei beni si può fare per contratto o per sentenza: qui si parla dell'ul-

tima. Quale è la sua causa?

II. Essa è o principale o accessoria alla separa-

(1) Caen, 18 agosto 1842 (Dev., 43, 2, 49).

(2) Bouat, 15 nov. 1833 (Dev., 34, 2, 489), Toullier (XIII-17), Duranton (III-389), Chardon (n. 143), Ballur (II-771), Zachariae (III, p. 467), Dalloz (X, p. 229), Odier (I-363), Paolo Pont e Rodière (I-770), Lamoignon (Tit. dello stato delle persone, n. 35), Pothier (*Garde noble*, § 3, art. 2), Troplong (II-1291-1295).

(3) Confr.: Proudhon (*Usuf.*, I-161), Bellot (II, p. 84), Duranton (III-390), Zachariae (III, p. 469),

MARCADE, Vol. III, p. I.

Toullier (V-120), Odier (I-366), Demolombe (VI-577), Troplong (II-1305), Tolosa, 19, dic. 1839 (Dev., 40, 2, 164); — *Contra*: Delvincourt (I, 1), Toullier (XIII-10), Ballur (II-620), Glundaz (n. 290), Chardon (n. 141), Paolo Pont e Rodière (I-764). — Fedi pure l'articolo speciale di Paolo Pont in cui svolge la sua opinione, nella *Rivista critica*, t. II, p. 600, e nella *Rivista del legislatore*, anno 1847, t. III, p. 37 e seg.

zione di persona. La prima, di cui qui parla la legge, non può, come l'altra, sta-

bilirsi per contratto, e può domandarsi solo dalla moglie.

1.—La separazione di beni che, come abbiamo visto, è una delle regole che i coniugi possono stipulare nel contratto, può ottenersi altresì dalla moglie con una sentenza che la sostituisca alla regola di comunione stabilita in esso contratto; in qualsiasi la sentenza diviene una causa di scioglimento di comunione.

La separazione di beni dunque può essere stabilita sì per contratto, come per sentenza. È cosa utile però osservare che la moglie può domandare in giudizio la separazione di beni, non solo se essa si trova sotto la regola della comunione legale o convenzionale, ma anche se sotto le due altre regole, l'esclusione della comunione e la regola dotale (articolo 6315 (1376)).

Un solo motivo può spingere la moglie a far pronunziare la separazione di beni; quando cioè gli affari del marito vadano così male da poterle far perdere tutti o parte dei suoi beni presenti o futuri. A torto dunque gli interpreti del Codice, seguendo rigorosamente la redazione poco precisa del nostro articolo, vogliono indicare due motivi distinti: 1° il pericolo della dote, 2° il timore che la moglie non possa esser soddisfatta dei suoi diritti e delle ragioni di ricupera.

La prima causa entra nella seconda, benchè pure offra la vera idea in un modo anche meno completo di quel che sia la formola generale da noi adottata, cioè, che la separazione di beni possa pronunziarsi quando negli affari vi sia uno scompiglio tale da mettere a repentaglio l'avere attuale od anche eventuale della moglie.

Così, quand'anche la moglie nulla abbia recato in dote, e nulla le sia pervenuto dopo il matrimonio, la mala amministrazione del marito sarà sempre causa di far pronunziare la separazione; poichè è nello interesse di lei l'assicurarsi la metà di ciò che resta nella comunione. Se non

vi sieno fondi comuni, ella potrà avere un mezzo, una industria col cui prodotto potrà, dopo separata, avere dei mezzi per se e per i figli, mentre che durando l'amministrazione del marito, questi potrà perderne e sprecarne il tutto. E se infine la moglie non è in istato di poter guadagnare coi suoi lavori, non potrà in qualche mese, in qualche giorno, raccogliere delle donazioni o delle successioni che a lei importa conservare?

Anche per ciò, avuto riguardo alla cattiva amministrazione del marito, si potrà pronunziare la separazione, quantunque le entrate attuali della moglie sieno perfettamente garantite colla sua ipoteca legale; poichè da una parte le sue entrate possono di giorno in giorno aumentarsi, e la condotta del marito dà a temere non venga scemandosi la garanzia ipotecaria, o perchè non abbia ben mantenuto i suoi beni, o perchè non abbia fatto dei tagli irregolari di boschi, o mutato gli immobili produttivi in semplice proprietà di delizia. Or non è prudente l'aspettare che il male divenga irreparabile per porvi rimedio.

E se spesso siate la separazione si pronunzia nella supposizione che il marito abbia malamente amministrato, la si può pure quando il marito non è in colpa ed il disordine degli affari sia stato cagionato da forza maggiore. Ciò non è dubbio, poichè non ostante l'occulatezza del marito, i suoi affari possono andar sì male da risentirne la moglie non lieve danno (1)... Addippiù si potrà pronunziare la separazione, benchè dimandata per le colpe della moglie e le sue prodigalità e i suoi sciupi; ed essendo il capo della comunione nell'obbligo di impedire quelle prodigalità, ove se ne mostri incapace, gli si torrà l'amministrazione, salvo al bisogno di dare alla moglie, divenuta padrona dei suoi beni, un consulto giudiziaro (2). Parimente il marito

(1) Pothier (n. 510), Toullier (XIII-33), Paolo Pont e Rodière (I-791¹, Troplong (II-133).

(2) Angers. 22 febbraio 1828.

non potrebbe far dichiarare inammissibile la domanda per un'acensa che può farsi alla moglie, come la fuga dal domicilio coniugale; la moglie non ha influito per nulla al cattivo andamento degli affari, per cui forse si è resa colpevole; i due dritti rispettivi non si distruggono l'un l'altro; quello del marito di obbligar la moglie a rientrare nel domicilio coniugale; e l'altro di questa d'impedire lo sperpero della sua fortuna (1).

In breve, e senza badare alle altre varie circostanze, deve o pur no ammettersi la separazione di beni, secondo che il patrimonio del marito sia o no talmente disordinato da porre in repentaglio i dritti presenti o eventuali della moglie.

II. — La separazione di beni che è una deroga al contratto di matrimonio, non può secondo l'art. 1395 (1319) avere effetto per una semplice convenzione delle parti;

1444 (1408).—La separazione dei beni, ancorchè pronunciata dal giudice, è nulla, se non è stata eseguita colla reale soddisfazione dei dritti e ragioni di ricupera competenti alla moglie, fatta per atto autentico fino alla concorrenza dei beni del marito, od almeno con istanze introdotte entro quindici giorni successivi alla sentenza e continuate senza interruzione.*

1445 (1409). Ogni separazione dei beni

ove non fosse giudiziale, ma volontaria ed amichevole, sarebbe nulla. Pel medesimo principio è vietato dall'art. 870 (948) del Codice di procedura, che in questa materia si ammetta come prova la confessione del marito.

Gli è chiaro altresì che il marito non può mai domandar la separazione contro la moglie. Ma non si dimentichi che la separazione dei beni può esser conseguenza necessaria della separazione di persona; cotachè può avverarsi per effetto (mediato) d'una domanda del marito, sebbene in buono stato sia il patrimonio dei coniugi. Cotale separazione di beni che deriva dalla separazione di persona, partorisce i medesimi effetti della separazione di beni principale; sicchè ad ambe vanno applicate le cose che diremo sotto gli art. 1448 (1412) e seguenti; ma gli articoli che comentiamo al presente riguardano solo la seconda.

deve, prima della sua esecuzione, rendersi pubblica mediante un affisso ad una tabella a ciò destinata nella sala principale del tribunale di prima istanza, ed inoltre, se il marito è mercante, banchiere, o commerciante, in quella del tribunale di commercio del luogo del suo domicilio, e ciò sotto pena di nullità della esecuzione.

La sentenza che pronuncia la separazione dei beni ha effetto dal giorno della domanda.

SOMMARIO

I. Formalità da adempiersi prima della sentenza: loro scopo.

II. Formalità che debbono seguire. In che il nostro art. 1444 (1408) si abroga dal Codice di procedura.

III. La semplice notificazione della sentenza non è un principio di esecuzione; gli atti di esecuzione debbono essere continui. Controversia; si censurano due decisioni della Corte suprema.

(1) Angers, 22 febb. 1828; Poitiers, 13 agosto 1836; Parigi, 27 mag. 1837; ecc. (Dev., 36, 2, 461).

* R. 7 luglio 1827. — S. M. ha considerato che le leggi in vigore non contengono alcun principio da cui possa dedursi l'impedimento nel tribunale o nella gran Corte di conoscere nuovamente della medesima causa, quando sia rimasto nullo il primo giudizio per difetto di esecuzione; che anzi esempi contrari si scorgono in cui la legge permette ai medesimi giudici di conoscere delle stesse

contestazioni, come avviene nei casi di revisione di conti e di trattazione. — Per tali motivi la M. S. uniformemente allo avviso della consulta dei domini oltre il Faro, ha dichiarato che annullato il giudizio di separazione di beni tra i coniugi per mancanza degli atti di esecuzione voluti dalla legge nel termine dei giorni quindici seguenti, appartenga ai giudici dello stesso tribunale o della stessa gran Corte, ancorchè il personale dei componenti non fosse cambiato, pronunziare sulla nuova istanza.

I.—Cotesti due articoli che riguardano le forme da adempiersi dopo la sentenza di separazione, ebbero il loro compimento negli articoli 865 (943) e seguenti del Codice di procedura, nei quali si prescrivono inoltre quelle che devono precedere la stessa sentenza.

Dapprima siccome la sentenza di separazione, giusta il secondo paragrafo dello art. 1445 (1409), retroagisce al giorno della domanda (1), così ad evitare che si nuoccia a coloro i quali posson contrarre col marito, nell'intervallo che passa dalla domanda alla sentenza, si tenne pur necessario che intera pubblicità si desse alla stessa dimanda. In conseguenza la moglie, la quale per altro deve farsi autorizzare dal presidente del tribunale civile per promuovere la dimanda (art. 565 (943) del Codice di procedura), deve farne inserire un estratto: 1° in una tabella posta nella sala del tribunale (866 (944)); 2° nella sala del tribunale di commercio, se ve ne ha uno nel distretto (867 (945)); 3° nelle camere dei patrocinatori e dei notari (*ibid.*); e 4° in uno dei giornali che si pubblicano, o nel luogo ove risiede il tribunale, o se quivi non ne esistano, in un'altra città del dipartimento (868 (946)). Queste formalità, che han per oggetto di prevenire i terzi che volessero contrarre coi coniugi, e i creditori del marito che volessero contrastare la domanda, conforme all'articolo 1447 (1411), si richiedono pena la nullità (art. 869 (947) del Codice di procedura); e perchè i creditori avessero il tempo di essere informati e d'intervenire ove vogliano, la legge prescrive che la sentenza non si profferisca pria di un mese dal dì in cui tutte le formalità siano state adempiute (*ibid.*).

II.—La moglie inoltre, pronunziata la sentenza, dee renderla pubblica per avver-

tire i creditori che potrebbero avere interesse ad oppugnarla (art. 1447 (1411)), non che quelle persone che potrebbero in avvenire contrarre coi coniugi. Giusta lo art. 1445 (1409), si rende pubblica con un affisso nella sala del tribunale imperiale, e quando il marito è commerciante, in quella del tribunale di commercio. Ma il Codice di procedura nel quale doveano avere compimento tali formalità (Fenet, p. 672-73) va infatti più oltre. L'articolo 872 (793) vuole, anche quando il marito non sia commerciante, che la sentenza di separazione si legga pubblicamente nella sala del tribunale di commercio; che vi si affissi pure lo estratto, o se non vi sia quel tribunale nel distretto, nella sala comunale del paese in cui dimora il marito, e vi si lasci lo affisso per un anno; infine che si affissi pure nella camera dei patrocinatori, e dei notai. Adempite le formalità si darà principio alla esecuzione, salvo che non debba aspettarsi la fine dell'anno durante il quale debbono restare gli avvisi.

Ma anche con tali varie formalità la separazione non è assicurata alla moglie: il legislatore non ignorando le frodi che spesso si ascondono nelle separazioni di beni non volle restringere i suoi rigori «. Le separazioni, diceva Bourjon (2), son quas sempre gli spauracchi di cui si servono debitori ingiusti per allontanare i creditori e mettere i loro mobili in salvo di questi »: e l'oratore del governo diceva « non potersi pronunziare la parola separazione di beni, senza che si rammentino le frodi che su ciò si praticano (3) ».

La legge adunque suppone che ove la moglie non si affretti di mettere in esecuzione la sentenza, ciò avvenga perchè i suoi beni non sieno forse in grave pericolo; e in conseguenza l'art. 1444 (1408)

(1) La Corte di cass. giudicò che la sentenza retroagisce sempre, sia che la separazione di beni, si pronunzi principalmente o come effetto della separazione di persona. Ric., 20 marzo 1853 (J. P., 1856, tom. I, p. 51). Ma noi abbiamo sostenuto il contrario, art. 311 (T). n. 4. — V. pure in questo ultimo senso Rodière e Paolo Pont, (I. II, nume-

ro 869); Delvincourt (I. III, p. 269); Valette, sopra Proudhon (I. I, p. 341); Demolombe (tom. IV, numeri 514 e seg.); Coin-Delisle, *Rivista critica* (I. VIII, p. 18 e seg.). — Vedi inoltre Parigi, 18 giugno 1856 (J. P., 1856, I. I, p. 9).

(2-3) Dr. comm., cap. 3. sez. 1, n. 8.—Fenet, XIII, p. 672).

dichiara che la separazione dei beni è nulla, se non è stata eseguita entro quindici giorni dalla sentenza, o se non sieno almeno introdotte delle istanze, senza interruzione. Lo adempimento consiste nel soddisfacimento reale dei dritti e ragioni di ricupera competenti alla moglie fino alla concorrenza dei beni del marito, e ad evitare il pericolo di una data antecedente deve farsi con un atto autentico.

Siccome il Codice di procedura (articolo 174 (268)) aveva accordato alla moglie, che ottiene la separazione, tre mesi per procedere all'inventario della comunione, e quaranta giorni per risolversi ad accettarla o ripudiarla, si era in prima pensato che il nostro articolo era abrogato, che cessava l'obbligo nella moglie di dar principio all'esecuzione nei quindici giorni dalla sentenza, e che dovean quindi seguirsi le sole regole dell'art. 872 (950) del Codice di procedura (1). Ma è questo un errore palpabile rigettato a ragione dalla dottrina e dalla giurisprudenza (2).

Infatti l'art. 174 (268) non è poi inconciliabile coll'obbligo di doversi dar principio allo adempimento della sentenza nei quindici giorni successivi, poichè la moglie può adempir questa regola, esercitando i dritti che le spettano in qualunque ipotesi, sì rinunciando che accettando. Nè havvi contraddizione tra i due articoli su ciò che riguarda la esecuzione completa della sentenza nel termine dei quindici giorni; poichè da una parte l'obbligo imposto dall'art. 1444 (1408) è semplicemente facoltativo, dall'altra l'art. 174 (268) non osta al pieno adempimento, poichè spesso lo sconvolgimento totale della comunione può indurre la moglie a rinunziarvi senza bisogno dell'inventario.

In un punto solo l'art. 1444 (1408) non può conciliarsi colle regole posteriori del Codice di proc. (e sotto tal riguardo

si reputerà abrogato), quando cioè impone l'obbligo di doversi continuare *senza interruzione d'istanze* la esecuzione principata nei quindici giorni.

Se dopo un mese o due dalla sentenza questa si è pienamente eseguita per quei dritti indipendenti dall'accettazione o dalla rinunzia, la moglie cui restano quattro mesi e dieci giorni per dar compimento alla esecuzione, potrà riprender le istanze, dopo non breve interruzione. La quale è legittima, poichè i procedimenti possono essere annullati quando non si sieno continuati dopo i tre mesi e 40 giorni.

III.—Due ultime quistioni son sorte dal nostro art. 1444 (1408), le quali in dritto, a modo nostro di vedere, non offrono alcuna difficoltà; eppure han dato luogo a controversie, non che a strane decisioni della Corte suprema.

E in prima: quali sono gli atti della moglie, da cui possono dirsi incominciati i procedimenti entro i quindici giorni dalla sentenza?... Basta un qualunque atto di esecuzione, come un semplice precetto a pagare le spese della causa, o un'intimazione di recarsi presso il notaio, o una citazione davanti al tribunale per procedere poi alla liquidazione. Ma la semplice notificazione della sentenza è dessa uno degli atti di procedimento per la esecuzione? Una decisione della Corte suprema, che ne annullò una contraria della Corte di Bordeaux, non che due altre decisioni posteriori di questa Corte han giudicato pel sì (3). Ma tal dottrina ci sembra erronea. La intimazione di una sentenza, che dee precedere qualunque esecuzione non è un atto di esecuzione: ciò è provato fra gli altri testi, dall'art. 155 (249) del Codice di procedura, il quale richiede (per le sentenze in contumacia) un intervallo di otto giorni dalla notificazione alla esecuzione. Invano mettesi innanzi che il tempo non

(1) Limoges, 24 dic. 1811 e 10 aprile 1812.

(2) Rouen, 27 aprile 1816; Rig., 11 giug. 1818; Rig., 13 ag. 1818; Bourges, 13 febb. 1823; Toullier (XIII-79); Favard (*Com. coniug.*, sez. 5. n. 5); Duranton (XIV-414); Devill. e Car. (*coll. nov.* 3, 1, 269); Paolo Pont e Rodière (II-813).

(3) Cass., 9 luglio 1828; Bordeaux, 30 lug. 1833, e 20 marzo 1840 (*Dev.*, 34, 2, 36; 40, 2, 210); Pigeau (*Proc. civ.*, 11, lib. 3); Th. Desmazures (II-1021). — *Contra*: Limoges, 11 luglio 1829 (*Dev.*, 40, 2, 17); Toullier (XIII-77); Carré (n. 2952); Belloc (II, p. 116); Troplong (II-1363).

basti, poichè sì la intimazione di recarsi presso il notaro, o la citazione di comparire innanzi il tribunale per passare alla liquidazione, come il precetto a pagar le spese potranno intimarsi insieme colla notificazione e col medesimo atto.

La seconda quistione è intorno alla durata della interruzione dei procedimenti cominciati per annullarsi la separazione; e una decisione della camera dei ricorsi (1) giudicò non doversi reputare *legalmente interrotte* le azioni, quando non si sieno continuate per undici mesi e 24 giorni, cioè per meno di un anno. Ma tal dottrina, secondo cui *il cessare dei procedimenti* (son queste le parole del relatore delle decisioni) *non costituirebbe l'INTERRUZIONE LEGALE, ove duri meno di un anno*, non è un manifesto arbitrio, ed in tal modo anzichè interpretarsi non si rifà la legge?... Ove consiste la differenza fra la discontinuazione o cessazione dei procedimenti e la loro interruzione?...

Da ove ricavasi che la cessazione diviene interruzione dopo *un anno*, e che non sarà tale dopo gli undici mesi e i ventiquattro giorni? Chi non iscorge che tal distinzione è così immaginaria come il termine richiesto per trasformar l'una nell'altra? La legge è molto precisa, special-

mente raffrontandosi le due parti della sua frase. Infatti che chiede essa mai? Che in un brevissimo termine *si esegua interamente* la sentenza; poi come per addolcir quella regola, spesso difficile ad eseguirsi, aggiunge che *almeno fra quindici giorni* si comincino le istanze che si seguiranno *senza interruzione*. E chi non vede da ciò, che discontinuazione o interruzione val tutt'uno, e che la legge vuole la esecuzione al più presto possibile?

Senza dubbio siccome qui trattiamo di continuità morale, che ammette intervalli, e spetta al giudice del fatto il valutar le circostanze, diciamo, d'accordo con tutti gli scrittori, che essi in ciascuna specie dovranno decidere se moralmente parlando vi sia continuità di azione, ed istanze non interrotte. Ma non bisogna perciò snaturarsi il dritto; e provandosi che vi sia stata inazione, cessazione d'istanze ben qualificate, si deve applicar la legge ed annullarsi la separazione.

Cotal nullità stabilita specialmente nello interesse dei creditori, può anche opporsi dal marito (2), al quale la legge permette di opporre quella che risulti dalla mancanza di pubblicità (art. 869 (947) del Codice di procedura).

1446 (1410). — I creditori particolari della moglie non possono, senza il di lei consenso, dimandare la separazione dei beni. Non di meno in caso di fallimento o di prossima decozione del marito, possono valersi delle ragioni della loro debitrice sino alla concorrenza dello ammontare dei loro crediti.

1447 (1411). — I creditori del marito possono reclamare contro la separazione dei beni pronunciata dal giudice, ed anche mandata ad esecuzione in frode dei loro diritti; possono ancora intervenire al giudizio per opporsi alla dimanda di separazione.

SOMMARIO

I. La legge nega l'azione di separazione di beni ai creditori della moglie, tranne che costei non consenta: perchè? Ma se il marito divien fallito o decotto, i creditori possono agire, come se vi fosse stata separazione.

Errore e contraddizione di Duranton e Zachariae.

II. I creditori non possono, contro il volere della moglie, proseguire l'azione intentata col consenso di lei. Essi possono (come pure i

(1) Rig. di un ric., 2 mag. 1831 (Dev., 31, 1, 161).

(2) Amiens, 19 febb. 1824; Bordeaux, 17 luglio

1833; Bordeaux, 11 ag. 1840 (Dev., 31, 2, 49; 41, 2, 3).

loro eredi) continuare, morta la moglie, l'istanza da lei introdotta.

censurare la separazione di beni o prima o dopo la sentenza. Sciluppò.

III. Diritto che hanno i creditori del marito di

I. — Il diritto di domandarsi dalla moglie la separazione di beni, tuttodì pecuniario, è posto fra quelli esclusivamente attaccati alla persona, dacchè riguarda altissimi interessi morali (potendosi con esso turbare l'armonia domestica a danno dei coniugi e dei figli); i creditori quindi non possono esercitarlo senza il consenso della moglie.

Cotal regola, benchè forse censurata con poco avvedimento, è sommamente saggia; poichè la legge non deve assolutamente far prevalere l'interesse materiale dei creditori a quelli morali d'una intera famiglia, mentre i creditori han potuto e dovuto calcolare dianzi, contrarando con una moglie in comunione, le conseguenze dello stato della loro debitrice.

La legge non può rimproverarsi affatto di aver mirato in secondo luogo all'interesse dei creditori della moglie, poichè ciò nondimanco essa grandemente li protegge. Infatti quando il marito fallisce o si dichiara decaduto, i creditori del marito acquisterebbero i dritti dalla moglie, se rimanesse in comunione; ma i creditori della moglie possono per legge esercitare, fino alla concorrenza dello ammontare dei loro crediti, quei diritti che avrebbe potuto esercitare la moglie se separata.

Siegue da questa regola che la comunione, benchè continui in realtà e produca i suoi effetti per qualunque, si reputerà sciolta pei creditori della moglie, in guisa che questi nel loro interesse possono far ciò che quella potrebbe se separata di beni.

È questa specialmente la dottrina di Duranton (XIV, nn. 418-421) e Zachariae (III, p. 476) i quali da ciò con ragione deducono che i creditori della moglie, al pari di lei, possono dopo la separazione rinunciare alla comunione onde esercitar quei diritti che la rinunzia fa a quella conseguire (salvo che la moglie debba restituire alla comunione lo ammontare di

ciò che i creditori hanno preso, se dopo, allo scioglimento reale, accettò la comunione). Ma come posson mai dire dopo ciò gli stessi scrittori (*loc. cit.*), che i creditori pagandosi sopra i beni propri della moglie, devon prenderne la nuda proprietà, non potendo toccarne le rendite le quali, dicono, appartengono alla comunione?

La contraddizione è pur troppo manifesta. Se i creditori, come precisamente dice Duranton (num. 421, § 4), possono agire come se la comunione sia realmente disciolta per la separazione di beni (e ciò è certo per l'articolo 1446 (1410)), potranno pagarsi con le rendite dei beni della moglie, non che colla proprietà; se non li prendessero, atteso il fallimento o la decozione del marito, ne perderebbero i di costui creditori! Se il legislatore ha sospeso il diritto dei creditori della moglie per l'interesse morale di lei e dei suoi figli, non l'ha sospeso punto o limitato per l'interesse puramente pecuniario degli altri creditori!...

Del resto reputandosi disciolta la comunione per rispetto ai creditori della moglie, e continuando ad esistere pei coniugi, ne siegue che allo scioglimento reale della comunione la moglie, accettò o rinunziò, dovrà il compreso delle rendite prese dai suoi creditori, giacchè nei rapporti dei coniugi fra loro, quelli son beni comuni, di coi si è fatto uso per soddisfare i debiti personali della moglie (art. 1437 (T)).

II. — I creditori, che nel caso del fallimento o di decozione, possono agire come se la separazione si fosse pronunziata, debbono sempre agire col consenso della moglie, per cui l'azione intentata prima col suo consenso non potrebbe esser continuata se quello si revoca, avvegnachè la moglie possa arrestare ove la voglia l'azione dei creditori, come può abbandonar quella intentata da lei medesima. Ma se i creditori

debbono in vita della moglie agire col consenso di lei, non possono forse, morta che sia dopo intentata l'azione, continuare la istanza già incominciata? Essi sono grandemente interessati perchè lo scioglimento della comunione risalga al giorno della domanda, e cadano quindi gli atti che il marito avrebbe potuto compire nell'intervallo da quel giorno a quello della domanda.

Lo potranno essi? Sì; poichè la moglie che muore senza avere rinunciato all'azione, si reputa aver data autorizzazione ai creditori perchè agissero e non averla ritirata.

Con più ragione cotesto dritto di continuare l'azione appartarrebbe agli eredi della moglie; per cui crediamo erronea la dottrina contraria di una decisione di Douai che per altro non è punto giustificata (1).

III. — I creditori del marito non possono mai domandare la separazione di beni; anzi al pari di lui hanno interesse d'impedirli o di impugnarla se ammessa.

Quindi eglino, secondo l'art. 1447 (1414), possono intervenire nell'istanza per provare che la domanda sia infondata; e di sopra abbiain veduto con quali mezzi si faccia pubblica la domanda (articolo 866, 869 (944, 947) del Codice di procedura).

Conformemente al nostro art. essi possono anche attaccare la sentenza di sepa-

razione: con le vie ordinarie dell'opposizione e dell'appello, esercitando i dritti del marito giusta l'art. 1166 (1119), dove si provi esservi stata frode; con l'opposizione di terzo secondo l'art. 1167 (1120). Il quale ultimo mezzo, a differenza degli altri, possono anche esercitare dopo l'esecuzione; ma adempiute tutte le formalità deve, giusta l'art. 873 (951) del Codice di procedura, esercitarsi nell'anno durante il quale deve restare affisso l'estratto della sentenza. Non adempiute le formalità essi potrebbero agire con la opposizione di terzo giusta lo stesso art. 873 (951) per il corso di trent'anni (art. 1167 (1120), numero V e VII).

L'annullamento della sentenza di separazione domandato per cagion di frode dai creditori del marito, sarà efficace solo per loro di modo che la condizione è inversa di quella dei creditori della moglie, ove il marito sia fallito o si dichiari decotto. In quest'ultimo caso i coniugi si reputano separati di beni per rispetto ai creditori della moglie, e in comunione per rispetto ad essi e agli altri tutti; nel primo caso in vece si reputano in comunione per rispetto ai creditori del marito, e separati fra loro e per tutti gli altri.

2. Effetti della separazione giudiziale.

1448 (1412).—La moglie che ha ottenuto la separazione dei beni deve contribuire in proporzione delle sue facoltà e di quelle del marito, alle spese domestiche ed a quelle di educazione della prole comune.

Queste spese sono intieramente a di lei carico, se niente rimane al marito.

1449 (1413).—La moglie separata, tanto di beni e di persona, quanto di beni solamente, ne riassume la libera amministrazione.

Essa può disporre dei suoi beni mobili, ed alienarli.

Non può alienare i suoi immobili senza l'assenso del marito; e se ricusi di prestarlo, senza l'autorizzazione giudiziale.

SOMMARIO

I. Quando produce i suoi effetti la sentenza di separazione di beni, sia per rispetto al

marito, sia per rispetto ai terzi. Conseguenze. Errore di Pigeau e di due de-

(1) Conf.: Zachariae (III, pagina 470); Rodière e Paolo Pont (II-812); Troplong (II-1394); decisione del 18 marzo 1746, riportata da Lacombe, alla pa-

rola Separazione di beni. — Contra: Bouai, 23 marzo 1831 (Sir., 31, 2, 244).

cisioni.

II. La separazione giudiziale produce gli stessi effetti che la convenzionale, tranne la contribuzione dei coniugi alle spese di economia domestica, fra le quali non si comprendono quelle che abbisognano per figli di un precedente matrimonio. Il marito deve in principio anticipar la parte della moglie.

III. La moglie sola ha il dritto di amministrare; e quindi può alienare i suoi mobili. Da

ciò sorge che essa potrà alienar solo per bisogni della sua amministrazione, contravvenendo alle obbligazioni, che non si potranno mai eseguire sopra gl' immobili: errore di molti scrittori.

IV. Essa non potrà alienar per donazione (errore di Delvincourt); ed avrà il medesimo dritto, tanto se si separa per contratto, quanto se ha beni parafernali. Si risponde a Rodière e Paolo Pont.

I. — La separazione giudiziale di beni, o si pronunzi principalmente o come conseguenza della separazione di persona, partorisce sempre i medesimi effetti; ma nell'ultimo caso questi incominciano dal giorno della sentenza (Ved. art. 311 (T), n. IV), e nel primo fin dal giorno della domanda. La quale essendo formata, per rispetto al marito, dalla citazione intimatagli dalla moglie (e non dalla supplica con cui chiede ella prima al presidente di poter fare la domanda), esiste legalmente per rispetto ai terzi dal giorno in cui si sono adempiute tutte le formalità richieste dalla legge, poichè in questo modo soltanto la domanda si reputa legalmente a conoscenza di tutti.

Poichè per rispetto al marito la moglie è separata di beni dal giorno della citazione, ove il magistrato ne accolga la domanda, dunque la comunione, ove la moglie l'accetti, dovrà dividersi fra lei e il marito nello stato in cui era prima della citazione.

I beni pervenuti alla moglie durante la istanza, e che sarebbero entrati nella comunione se si fosse continuata, saranno propri della moglie, non meno che gli altri che le pervennero dopo la sentenza.

Similmente, poichè la separazione retroagisce per rispetto ai terzi al giorno in cui si sono compiute le formalità, tutti gli atti che fa il marito coi terzi, e pei quali è necessario che esista la comunione, saranno nulli se fatti dopo le formalità, non meno

che se dopo la sentenza. Uno scrittore e due decisioni hanno affermato (1), che la separazione giudiziale ha effetto contro i terzi di buona fede dal giorno della sentenza; ma cotale dottrina non può sostenersi in faccia agli art. 1445 (1409 M) del Codice Napoleone e 866, 869 (T, 947) del Codice di procedura, i quali vogliono rigorosamente che la domanda sia fatta pubblica, avuto riguardo agli effetti che la separazione debba produrre dal giorno in cui ella si fa; ed è per ciò che prima da Toullier, e poi di un sol sentimento è stata quella dottrina rigettata dagli scrittori e dalle decisioni (2).

Del resto non sono nulli tutti gli atti che fa il marito coi terzi durante l'istanza, ma quelli soltanto che sono oltre le facoltà di uno amministratore ordinario; infatti i beni devono essere amministrati durante l'istanza, e siccome il marito conserva il dritto di amministratore, così egli continua fino a causa finita, senza che si possano poi impugnare gli atti fatti per una necessità. (Vedi Toullier XIII-103; Rodière e Paolo Pont II-867).

II. — La separazione giudiziale di beni produce i medesimi effetti di quella convenzionale, con la sola differenza che esce dal paragone del nostro art. 1448 (1412) con l'art. 1537 (T). Secondo quest'ultima la moglie che adotta nel contratto la separazione di beni, deve contribuire alle spese domestiche fino alla concorrenza del

(1) Pigeau (II, p. 541 3^a ediz.); Poitiers, 5 maggio 1823; Riom (non Rouen, come dicono Zachariae e Duvergier), 31 genn. 1826.

(2) Toullier (XIII-101 a 104); Battur (n. 650); Dalloz (X, p. 245); Zachariae (III, p. 478); Rodière

e Paolo Pont (II-868); Riom, 20 febbr. 1826; Bordeaux, 11 maggio 1843; Cass., 22 apr. 1845 (Dev., 43, 544; 46, 1, 556); — a torto Zachariae e Duvergier citano pure Duranton (XIV, 414), il quale non tratta la questione dei terzi.

terzo delle sue rendite, tranne che siesi altrimenti stipulato; e siccome qui si sospetta che per lo più il marito abbia pochi mezzi, e le rendite dei beni che la moglie riprende doveano per le convenzioni del matrimonio provvedere a tutti i bisogni domestici, si è stanziata una regola ben diversa, cioè, dover la moglie contribuire in proporzione delle sue facoltà paragonate a quelle del marito. Adunque se i coniugi hanno un patrimonio dell'igual valore, ciascuno pagherà una metà di spese; se quello del marito è minore ne pagherà meno, se nulla pagherà tutto la moglie, benchè scemino le sue rendite di due terzi, tre quarti o anche di più.

Le quali spese domestiche, a cui deve contribuire la moglie, comprendono quelle per il mantenimento e l'educazione dei figli comuni, non già dei figli avuti da un precedente matrimonio che sono estranei alla moglie. Certo cotesti figli possono alle volte gravare indirettamente sulla porzione della moglie, dacechè per essi si scemerà la porzione che deve contribuire il marito, e si accrescerà quella della moglie; ma le spese per cotesti figli non debbono essere per nulla pagate dalla moglie, come non pur quelle di lei dal marito (1).

Stabilita che è la somma da contribuirsi dalla moglie, può il marito pretendere che si paghi a lui, ovvero la moglie può farne direttamente l'impiego? Sì certamente, in tesi generale, poichè l'autorità maritale risiede sempre in lui (2). Ma dipendendo dalle circostanze ogni speciale quistione, quando la separazione suppone sempre una cattiva amministrazione del marito, deve il magistrato provvedere per ogni caso ciò che stimerà meglio negli interessi dei coniugi e dei figli, autorizzando anche la moglie a pagare direttamente i somministratori (3).

III. — La moglie, per effetto della separazione giudiziaria, riprende la libera ed intera amministrazione dei suoi beni, per come l'aveva prima di maritarsi (se era maggiore), all'istesso modo in cui la conserva, adottando nel contratto la separazione di beni (art. 1449, 1536 (1413, T)).

L'amministrazione, dicono i testi, è libera ed intera, cioè le facoltà son così estese per quanto ristrette quelle del minore emancipato, a cui la legge consente solo gli atti « che son di pura amministrazione » art. 481 (404); dal qual diritto esteso deriva quella di alienare i mobili, per modo che il secondo paragrafo dell'art. 1449 (1413) è lo sviluppo del primo. Quindi tre idee: 1° Che la moglie sola per bisogni e dentro l'amministrazione delle sue sostanze, può spogliarsi dei suoi mobili, o direttamente con atti di alienazione, o indirettamente contraendo delle obbligazioni; 2° Che ella non può mai disporre dei mobili per donazione, ma solo con atti a titolo oneroso; 3° infine che la moglie ha il dritto di alienare tanto se separata per sentenza e se con convenzione, e se maritata sotto la regola dotale, ed abbia beni parafernali.

Ognuna di queste idee essendo stata oggetto di controversia, dobbiam in breve esaminarle tutte e tre.

Si era dapprima affermato che il dritto di alienare i mobili distinguevasi da quello di amministrare; e secondo il principio che si può far sempre indirettamente ciò che direttamente è permesso, se ne inferiva che ogni obbligazione contratta dalla moglie era sempre valida fino alla concorrenza dei suoi beni mobili, e potevasi eseguire su questi beni; il qual sistema era stato ammesso da parecchie decisioni della Corte suprema (4). Ma finalmente si è compreso che

(1) Si sono citati in riguardo a tal quistione non decisione della Corte suprema del 13 agosto 1818 ed altra di Bordeaux del 22 gen. 1834 (Rev., 34, 2, 540); ma ne l'una né l'altra non vi hanno alcuna relazione.

(2) Bourjon (l. p. 511); Pothier (Comun., numeri 464, 465); Merlin (Rep., alla parola Separazione di beni, sez. 2, § 5, n. 8); Belloi (l. p.

glna 150); Hodièr e Paolo Pont (II-875); Troplong (II-1435); Rig., 28 luglio 1808; Journ., 8 giugno 1824.

(3) Chardon (Potestà maritale, n. 337); Odier (I-401); Hodièr e Paolo Pont (II-875); Troplong (II-1435); Parigi, 5 agosto 1807; Rouen, 23 gen. 1834; Rig., 6 maggio 1825 (Rev., 35, 1, 415).

(4) Rig., 16 marzo 1813; Cass., 18 maggio 1819.

ponendosi dall'art. 217 (206) come principio generale, è da applicarsi ad ogni donna maritata, il divieto d'alienare senza autorizzazione, la facoltà che le si dà di alienare i suoi mobili è quindi una eccezione, e come tale non si può estendere oltre ai bisogni dell'amministrazione che è a carico della moglie separata di beni. Tal decisione si giustifica del pari e più direttamente in altro modo: in fatti lo articolo 217 (206) contiene ancora (vedi il n. 4 della sua spiegazione) il principio che la donna maritata in generale è incapace di *contrarre una obbligazione*; or siccome l'eccezione al principio è qui virtuale, perchè chi vuole il fine vuole i mezzi, e qual conseguenza del dritto di amministrare essa deve unicamente aver luogo per bisogni dell'amministrazione. Questa è la dottrina del più degli scrittori e della giurisprudenza della Corte suprema da 20 anni (1).

Quindi la moglie unicamente per bisogni della sua amministrazione, potrà non autorizzata alienare direttamente i suoi mobili o contrarre delle obbligazioni fino alla concorrenza del valore dei mobili. Ma se la obbligazione stata contratta per bisogni dell'amministrazione, ha ella per garanzia i soli mobili della moglie, ovvero anche la proprietà dei suoi immobili? Duranton e Valette (*loc. cit.*), Rodière e Paolo Pont (11-883) professano quest'ultima idea, per questa ragione che porge il primo, e sembra adottata dagli altri, che secondo l'articolo 2092 (1962) ogni obbligazione validamente contratta, ha per garanzia tutti i beni del debitore; ma tale argomento è una petizione di principio, come ben disse Zachariae (p. 488, n. 53), perchè esso suppone una obbligazione pienamente valida, e quindi un contraente capace di obbligarsi; or la questione è se la moglie capace a contrarre una obbligazione da eseguirsi su i suoi mobili sia o pur no capace di *obbligare i suoi immobili*? Non dubitiamo di rispondere del no. Abbiamo veduto (arti-

colo 217 (206), n. 4) che chi è incapace di alienare alcuni beni è incapace di obbligarli, e di contrarre obbligazioni da eseguirsi sopra di essi; or secondo il nostro paragrafo 3 la moglie separata di beni è dichiarata incapace di alienare i suoi mobili senza autorizzazione, sì per l'amministrazione di essi che per qualunque altro oggetto. Non può su ciò sorgere nemmeno il dubbio, se si raffrontino le diverse parti dell'articolo. Difatti la legge unicamente per i bisogni dell'amministrazione dà capacità alla moglie di alienare i suoi mobili (e quindi di obbligarli); ciò posto se nel medesimo articolo e immediatamente le nega la capacità di alienare (e quindi di obbligare i beni immobili) ciò è per gli atti di amministrazione che per qualunque altro oggetto.

Le obbligazioni della moglie potranno dunque eseguirsi su i suoi mobili e sulle rendite dei suoi immobili. E quanto i bisogni dell'amministrazione son per avventura sì gravi che debbonsi alienare, ed obbligare una parte d'immobili, la moglie è tenuta per tali casi, necessariamente rari, a farsi autorizzare dal marito o dal giudice.

IV.—La nostra seconda proposizione è meno difficile. Vero che Delvincourt la contraddice, perchè crede che il nostro articolo colle sue parole *disporre* dei suoi mobili ed *alienarli* intenda colla prima le donazioni, colla seconda le alienazioni a titolo oneroso; ma il fine della regola ben dimostra che le due parole ripetono la medesima idea; poichè solo per il bisogno dell'amministrazione si può alienare, nè certamente per amministrare è d'uopo far delle donazioni. Alle volte può esser necessario di rimettere i beni, e ciò può farsi dalla moglie non essendo una donazione, ma un atto che spesso il proprietario può fare nel suo interesse; la nostra eccezione però non riguarda le vere donazioni, sicchè per esse la moglie rimarrà sotto il di-

(1) Rig., 12 feb. 1829; Rig., 18 marzo 1829; Cass., 5 maggio 1829; Rig., 7 dic. 1829; Cass., 7 dic. 1830; Cass., 3 gen. 1831; Rig., 21 agosto 1839 (Dev., 31, 1, 22, 39, 1, 561); Duranton (11-532), Balthar (11-

514 e 672), Zachariae (III, p. 482 e 483), Valette (supra Proudhon, I, p. 463), Rodière e Paolo Pont (11-882), Troplong (11-1107, 1177).

viato degli art. 217, 905 (206, 821 M) (1).

La terza ed ultima proposizione sembra sulle prime la più delicata; e Rodière e Paolo Pont (II-nn. 708-710 e 788) energicamente sostengono l'idea contraria. Secondo loro la moglie può alienare i mobili, se separata per sentenza, e non se abbia beni parafernali o se separata per contratto. Senza fallo, dicono essi, la moglie che ha beni parafernali, e separata per contratto, potranno anche alienare e i frutti dei loro immobili (avendone il libero godimento) ed anche tutti gli altri mobili che potrebbero deperire o conservarsi con gravi spese, perchè è questa una conseguenza necessaria del dritto di amministrare (articolo 796 (713)); ma non avranno esse, pari alla moglie separata per giudizio, il dritto di alienare ogni specie di beni mobili, poichè gli art. 1536 e 1576 (T e 1389) non riproducono la regola del nostro art. 1449 (1413), ed in fatti la posizione non è la stessa; supponendo la separazione giudiziaria inattitudine nel marito, non supposta negli altri due casi.

Non potremmo accostarci a tal dottrina; ma stimiamo che la separazione convenzionale, e l'aver beni parafernali producano i medesimi effetti della separazione giudiziaria, e che le regole dei due primi casi debbano avere il lor compimento colle disposizioni del nostro, come la regola del-

l'ultimo deve avere il suo colle disposizioni degli altri due. Rodière e Paolo Pont ammettono che ogni moglie separata di beni eserciti un dritto di amministrare libero e intero, più esteso di quello di molti altri amministratori, con tale arbitrio che ella potrebbe per l'amministrazione dei suoi beni obbligarsi tanto su i pesi mobili che sugli immobili.

L'esagerazione di coteste ultime idee è stata da noi più sopra confutata; ma se la moglie separata di beni può per la sua amministrazione obbligarsi su tutti i suoi mobili, ed alienarli quindi indirettamente; e se come anche ammettono i due riferiti scrittori (numero 882 par. ult.) la indiretta alienazione si consente men facilmente, perchè più pericolosa, egli è dunque chiaro che la moglie separata di beni, e non solo se lo è per sentenza, possa anche alienare direttamente conforme al nostro articolo. Infatti vien negato dall'art. 1538 (T) alla moglie separata per convenzione di potere alienare senza autorizzazione i suoi immobili. Diciamo pertanto che tranne la differenza da noi notata, quanto al contribuire alle domestiche spese, la moglie separata per contratto o che abbia beni parafernali è nella stessa condizione che se separata giudizialmente; il che vien anche insegnato da tutti gli scrittori (2).

1450 (1414). — Il marito non è tenuto per la mancanza d'impiego o di rinvestimento del prezzo dell'immobile che la moglie separata ha alienato con giudiziale autorizzazione, se non quando sia egli conzorso nel contratto, ovvero risulti che il danaro sia stato ricevuto da lui, o con-

vertito in suo vantaggio.

È tenuto per la mancanza d'impiego o di rinvestimento, quando la vendita sia stata fatta in sua presenza e col suo consenso; ma non è tenuto a garantire l'utilità dell'impiego.

SOMMARIO

I. Se il marito si è appropriato il prezzo di un immobile della moglie, o se n'è servito in

suo vantaggio, deve renderne conto. Se interviene al pagamento; si presume, fino

(1) Duranton (XIV-425); Zachariae (III, p. 484, n. 56); Rodière e Paolo Pont (II-881).

(2) Belloi (IV, p. 300); Delvincourt (III, art. 1536 (T)); Rolland de Villargues (alla parola *Separazione di beni*, § 1, num. 9); Duranton (XV, 312);

Delaporte (art. 15-36); Toullier (XIII-106); Dalloz (X, 371); Zachariae (III, § 532, p. 563); Tautier (V, p. 334); Valette (sopra Proudhon (I, p. 463); Parigi, 12 marzo 1811.

alla prova in contrario, che se lo abbia appropriato.

II. Se il prezzo è stato impiegato dalla moglie, il marito sarà al coperto per cattivo che sia l'impiego: incertezza di Rodière e Paolo

Pont.

III. L'articolo si applica tanto se la moglie si sia separata per contratto quanto se abbia beni parafernali: controversia.

I. — Il marito che sotto la regola della comunione deve amministrare i beni della moglie, ricevere ed impiegare i suoi capitali, non ha più tale obbligo essendo separato di beni; e conseguentemente non è più tenuto in principio se non impieghi il danaro che può alla moglie provenire dalla vendita dei suoi immobili; a lei che liberamente dispone dei suoi beni mobili, tocca impiegare i capitali quando e come le piace. Ma vi ha delle eccezioni; il marito, benchè separato di beni, esercita sempre una grande autorità sulla moglie, e quindi è dichiarato responsabile se non si impiega il prezzo dell'immobili: 1° nei due casi in cui si presuove che egli abbia ricevuto il prezzo (par. 1, in princ. par. 2 in princ.); 2° con più ragione quando è provato ch'egli abbia ricevuto il prezzo, e che siasi impiegato in suo vantaggio (par. 1 in fine).

Il nostro articolo stabilisce la presunzione di avere il marito ricevuto il prezzo: 1° quando il marito, negata prima l'autorizzazione alla moglie che ha dovuto quindi ricorrere al giudice, è poi intervenuto nel contratto di vendita; 2° quando il marito ha autorizzato la moglie a vendere, ed è intervenuto nell'atto. I quali due casi si riducono ad un solo, poichè *intercedendo il marito nel contratto*, si presuove che questo si faccia colla sua autorizzazione o colla giudiziale. Rodière e Paolo Pont (II-994) e Troplong (II-1447) insegnano che il marito sia responsabile per essersi fatta la vendita senza il suo consenso, e benchè non presente nell'atto; ma la loro dottrina che è sì chiaramente contraria al testo, ha è pure allo spirito della legge, non potendosi presumere di pieno diritto che abbia ricevuto il prezzo di una vendita colui che non era presente, e forse molto lontano, quando si firmava l'atto e si pagava il prezzo. Del resto noi supponiamo, al pari

del nostro testo, che il prezzo si fu pagato quando facevasi l'alienazione; se fosse pagato dopo, dovrebbe applicarsi, a sentimento nostro, alla quietanza ciò che dice dell'atto di vendita; perchè si presuove che il marito abbia ricevuto il prezzo, è necessario che abbia esercitato la sua autorità quando si pagava il prezzo.

Quando non ha più luogo la presunzione legale, il marito può esser dichiarato responsabile del non essersi impiegato il prezzo, ove dalla moglie si provi che egli se l'abbia preso o allorchè si pagava, o dopo, o per lo meno che si sia impiegato in vantaggio di lui.

Il marito da canto suo potrebbe provare che la presunzione sia mal fondata per rispetto a lui, e che la moglie abbia ricevuto il prezzo e disponesse, non ostante egli sia concorso nell'atto.

II. — Del resto siccome il marito separato di beni, checchè ne dicano Rodière e Paolo Pont (nn. 893 e 897), non ha nè l'obbligo nè il diritto di amministrare i beni della moglie; siccome questa può amministrare come vuole e disporre a suo talento dei capitali; e siccome il marito è dichiarato responsabile nei casi sopra riferiti, non già per l'imprudenza o per mancanza di sorveglianza e di cautela, ora perchè ha usato del suo ascendente per appropriarsi il prezzo della vendita, gli è certo che quando la moglie lo avrà impiegato, il marito non potrà essere più responsabile per non buono che possa essere l'impiego (purchè non sia fatto in vantaggio di lui). Ciò in fatti è dichiarato dall'ultima frase del nostro articolo, secondo cui il marito non dee mai garantire l'utilità dell'impiego. Adunque non è necessario, come dicono i due scrittori (num. 898), che col prezzo *siasi acquistato un altro immobile*, perchè ciò costituisce il reimpiego (che è una delle specie dell'impiego); ma il marito

deve garantire l'utilità non solo del *reimpiego*, ma di qualunque *impiego*. Quindi o la moglie abbia impiegato il prezzo a procurarsi un altro immobile ovvero altrimenti, l'impiego per cattivo che fosse, mette in salvo il marito. E doveva esser così, poichè se il prezzo si è impiegato dalla moglie, il marito non se lo ha preso.

In breve il marito deve alle volte esser tenuto, se l'impiego non si faccia, ma non mai se esso riesca non utile. Ignorandosi chi abbia ricevuto il prezzo dello immobile, quando il marito era presente al pagamento, si presume che egli se lo ha tolto e ne deve rispondere; ma quando è certo che la moglie ne ha usato in qualsivoglia modo, il marito non può essere più responsabile.

III. — Diciamo da ultimo doversi il no-

1451 (1415). — La comunione solita per la separazione delle persone e de' beni, o de' beni solamente, può ristabilirsi di consenso di ambedue le parti.

Ciò non può farsi se non per atto stipulato da notaio, e con minuta, una copia della quale debbe essere affissa in conformità dell'art. 1445 (1409).

In questo caso la comunione ristabilita riacquista i suoi effetti dal giorno del ma-

stro articolo applicar pure alla separazione per convenzione e alla moglie che abbia beni parafernali. Ciò è stato contraddetto (1); ma a noi sembra esatto,

La moglie che ha beni parafernali o è separata per contratto, è soggetta all'ascendente del marito, come quella separata giudizialmente; anzi dippiù, poichè non è difidente di lui, come può esser quella che ha dovuto domandare la separazione giudiziale. Dobbiam dunque ritenere che le regole relative alla separazione per contratto e alla moglie che abbia beni parafernali, dovessero aver compimento con quelle della nostra materia, siccome queste colle altre.

Ciò intendeva il legislatore, ciò è stato generalmente riconosciuto (2).

trimonio: le cose sono restituite nel medesimo stato, come se non vi fosse stata separazione; senza pregiudizio però della esecuzione degli atti che nel tempo intermedio si fossero potuto fare dalla moglie, a tenore dell'art. 1449 (1413).

È nulla qualunque convenzione per cui i coniugi ristabilissero la loro comunione, sotto condizioni diverse da quelle che la regolavano anteriormente.

SOMMARIO

I. La separazione giudiziale di beni cessa per il consenso dei coniugi comprovato da un atto stesso e pubblicato nelle forme volute. In esso atto però non si richiedono le formalità dell'art. 872 (950) del Cod. di procedura: controversia.

II. La separazione allora vien meno retroattivamente, e la comunione si repulterà come se fosse sempre durata, salvo gli atti valida-

mente fatti dalla moglie, che rimarranno validi. Schiarimenti.

III. Non si può dai coniugi derogare per nulla alla comunione primitiva. Qualunque clausola che vi deroghi, sarà nulla, ma non annullerà l'atto che ristabilisce la comunione. Confutazione dei due sistemi in cui si scissero tutti gli scrittori.

I. — La separazione per sentenza e quella per contratto, che differiscono solo in un punto nei loro effetti, cioè nella contribuzione

alle spese della casa, differiscono anche nel modo onde possono cessare; la convenzionale è irrevocabile, e finisce col ma-

(1) Favard (*Rep.*, *Regola dotale*, § 1, n. 1); Szériziat (*Regola dotale*, n. 347); Tolosa, 27 marzo 1810 (*Dev.*, 40, 2, 304).

(2) Bellot (IV, p. 302); Dalloz (X, p. 372); Zachariae (III, p. 620); Rodière e Paolo Pont (II-

713); Troplong (II-1459 e 1460); Benech (*Impiego e Reimpiego*, p. 303 e seg., in cui completamente trattasi la questione); Besanzone, 27 febb. 1811; Limoges, 22 giug. 1828.

rimonio, l'altra, che deroga al contratto, può cessare più facilmente, essendo permesso ai coniugi di ritornare alla comunione.

I coniugi non possono mai far cessare la separazione di beni giudiziale, se non se col consenso speciale e manifestato nelle forme che saranno indicate, in ciò derogandosi all'antico diritto secondo cui la separazione di beni, conseguenza di quella di persona, cessava di pieno diritto ristabilendosi frai coniugi la vita comune (1). Considerandosi dal legislatore che i coniugi spesso incontrerebbero un impedimento al riavvicinarsi, non potendo ristabilire la comunione di vita, senza che perciò si ristabilisce quella di beni, ha voluto ragionevolmente lasciar loro piena libertà onde si rendesse più frequente e facile il riavvicinamento, e quindi o vi sia separazione di persona e di beni insieme, o solo di beni, la comunione è sempre ristabilita con un espresso consenso (2).

Il consenso deve darsi in atto stesso innanzi notaro con minuta, perchè con un atto privato o in semplice brevetto i coniugi potrebbero mettere innanzi o toglier di mezzo a piacere la prova del loro stato, porgendosi innanzi ai terzi ora come in comunione, ora come separati. Oltre a ciò è bisogno che una copia dell'atto sia affissa nella sala del tribunale civile, e se il marito è commerciante, anche in quella di commercio, conforme all'art. 1445 (1409). Ma non sono indispensabili del pari le formalità più rigorose richieste dall'art. 872 (950) del Codice di procedura, secondo vuolsi da Toullier (XII-488) Duranton (XIV-430) e Zachariae (III, p. 483); il Codice di procedura che aggiunge altre formalità a quelle del Codice Napoleone, parla solo della pubblicazione della sentenza di separazione, ma non già dell'atto con cui si

ristabilisce la comunione, non potremmo aggiungere alla legge cause di nullità. Con ragione adunque è stata cassata dalla Corte suprema una decisione di Rouen che avea giudicato secondo la dottrina dei riferiti scrittori (3).

II.—Così ristabilita la comunione, i suoi effetti risalgono al giorno del matrimonio; in guisa che i coniugi, tranne la seguente eccezione, si reputeranno sempre in comunione di beni. I beni che essi han potuto comprare durante la separazione, la quale poi non ebbe effetto, e che saranno entrati nella comunione, apparterranno a questa del pari che le successioni o donazioni di mobili che loro son pervenute, salvo sempre gli atti validamente compiuti dalla moglie. Così rimarranno nel loro pieno vigore le alienazioni di mobili e qualunque obbligazione che essa era capace di contrarre.

In breve, la comunione si reputa durata sempre; se non che si reputeranno validi gli atti validamente fatti dalla moglie, che durante la comunione avrebbe dovuto fare il marito.

Se dunque la moglie avesse impiegato una parte delle sue antiche sostanze mobili in una casa, che poi falliva, la perdita si risentirà dalla comunione, la quale dee riprendere quei mobili quali sono al presente, non potendo domandare dalla moglie l'equivalente sopra i suoi immobili; giacchè il cattivo impiego si reputerà come fatto durante la comunione, e dal marito capo di questa. Che se la moglie abbia impiegato parte dei suoi mobili per la compra d'un immobile, questo sarà un acquisto della comunione, come se il marito l'avesse comprato durante quella con un capitale impiegato dalla moglie (4). Che se infine la moglie durante la separazione abbia venduto uno dei suoi immo-

rimborsare il prezzo. Essendo sempre legalmente durata la comunione, e dovendole quindi spettare gli immobili comprati (articolo 1401 (T) 3^a), non vi può esser luogo a compenso. L'opinione contraria, benchè non esalta come teoria, è pure importante in fatto, poichè l'immobile acquistato può valere più o meno di quanto fu acquistato.

(1-2) Pothier (*Comun.*, n. 524); Grenoble, 4 giugno 1840.

(3) Cass., 17 giugno 1839 (*Rev.*, 39, 1, 160); Rodière e Paolo Pont (II 914); Duvergier (sopra Toullier, *loc. cit.*); Troplong (II-1467).

(4) Non bisogna dunque dire che la moglie che ha impiegato in immobili tutti o una parte dei suoi mobili, conservi gl'immobili e sia tenuta a

bili propri, e ne possenga ancora il prezzo, lo riterrà per se come rappresentante lo immobile.

Sicchè tutto si compendia in queste due idee: da un lato la comunione, legalmente parlando, è sempre durata; dall'altro rimarrà valido tutto ciò che la moglie abbia fatto secondo le facoltà conferitele colla separazione dei beni.

III. — La legge, mentre permette che i coniugi ristabiliscano la loro comunione, vieta loro rigorosamente che modifichino il contratto di matrimonio. Ma che importa propriamente cotesta regola? Sarà valido o nullo l'atto con cui le parti dichiarassero di ritornare alla regola del loro contratto con quella o questa modificazione? Si annullerà forse l'atto, per modo che i coniugi resterebbero separati di beni non ostante quella dichiarazione; ovvero si annulleranno le clausole modificative, per modo che l'atto sarebbe efficace come se elle non esistessero?

La quistione controversa da quarant'anni fra gl'interpreti del Codice (1), sarebbe infatti dilicatissima, e si potrebbero mettere innanzi ragioni presso a poco eguali negli opposti sensi, se il passo di Pothier da cui fu cavato il nostro articolo, non fosse positivo.

Pothier, riproducendo la dottrina di Le-Brun, dice sul proposito: « LE CONVENZIONI stanziute coll'atto con cui si stabilisce la comunione (con le quali si modificherebbe la comunione primitiva) SONO NULLE.

« Le separazioni hanno effetto in quanto durano, son distrutte e riguardate come non avvenute PER IL SOLO FATTO, quando le parti hanno rimesso in comune i loro beni. Non vi possono essere due comunioni, l'una che duri fino alla sentenza di separazione, e l'altra che incominci quando si ristabilisce. Ve ne ha una sola che comincia col matrimonio e dura fino al suo scioglimento per la morte di una delle parti;... la sentenza di separazione che

NON HA DURATO FINO ALLA FINE DEL MATRIMONIO, è stata inefficace nè ha disciolto la comunione (n. 529) ».

Secondo la qual dottrina di Le-Brun e di Pothier, da una mano non possono esservi due comunioni, cotachè o la separazione dichiarata durerà fino alla fine del matrimonio, o cesserà retroattivamente, facendo risorgere la primitiva comunione che non sarà mai cessata; dall'altra la separazione si distrugge per il solo fatto del rimettersi i beni in comune (purchè, come dice Pothier nel n. 525, il fatto si provi con una scrittura accompagnata delle debite formalità); d'onde segue che la regola primitiva si ristabilisce per il solo fatto comprovato in un atto regolare, e che ove in esso atto si contengono convenzioni che modifichino la regola primitiva, non sarà nullo l'atto, ma bensì le convenzioni.

Il nostro articolo non riproduce forse sì l'una che l'altra di coteste due idee? Le *contenzioni* che derogano la comunione primitiva, considerate in plurale e come molteplici, sono opposte da Pothier all'atto con cui quella si ristabilisce, potendo esser molte le cause che possono contenersi nell'atto; il Codice parla di ogni convenzione che modificasse il contratto, il che comprende egualmente la idea di pluralità, ed indica che la parola *contenzione* fu presa nel senso di *clausola*. Ravvicinando il nostro articolo col passo di Pothier, ben si dimostra che si volle consacrare la dottrina di costui. Non deesi discutere, come spesso si è fatto, quale dei due sistemi sia da preferire; e poichè non è nostro debito di indagare ciò che si sarebbe dovuto volere, ma ciò che si è voluto, non importerebbe che il sistema di Delvincourt fosse da preferirsi a quello dell'antico dritto (il che noi non crediamo).

Adunque stimiamo inesatta la dottrina di Delvincourt e di Battur; ma non ci accostiamo per questo all'altra di Duranton, Zachariae e degli altri.

(1) Nel primo senso: Delvincourt (III); Battur (II-660); Glandaz (n. 299); Troplong (II-1470). — Nel senso contrario: Duranton (XIV 431); Zachariae (III, pag. 485); Rodière e Paolo Pont (II-920 e 921); Duvergier (sopra Toullier, XIII-118).

Costoro adottano è vero con ragioni più o meno solide la soluzione che noi abbiamo giustificato; ma fanno una distinzione. Le clausole che modificano l'antica comunione, essi dicono, si reputano non scritte, rimanendo efficace l'atto con cui quella si ristabilisce, ove il *ristabilimento non si subordini a quelle*; ma nel caso contrario si annulla con esse l'atto medesimo e continua la separazione di beni. Or tal dottrina non può ammettersi.

Primieramente colle parole del nostro articolo *ogni convenzione* non si può intendere ora una ed ora altra cosa. O importano *ogni atto* (con cui si ristabilisce la comunione) e allora le modificazioni recate al contratto rendono nullo, e per sempre, l'atto; o importano soltanto *ogni clausola* (inserita nell'atto), e allora l'atto resta valido, e per sempre, non ostante si annullino le clausole. Ciò basterebbe per dichiararsi impossibile qualunque distinzione. In secondo luogo, poichè come diceva Pothier, il *fatto stesso* del rimettersi i beni in comunione fa cessare la separazione e rimette i coniugi sotto l'antica comunione, ne segue che i coniugi rientrano sotto la regola del contratto a loro insaputa, e senza tutte quelle condizioni o di-

chiarazioni che possono inserire nell'atto di ristabilimento. Certo è necessario lo accordo dei due coniugi per rimettere in comune i beni con un atto che vuolsi pubblico dalla legge; ma dipoi il resto è conseguenza legalmente necessaria che compiesi *ipso facto*, senza che eglino vi consentano, od anche a loro malincuore. In breve, i coniugi possono conservare la loro separazione; ma se per poco la rinunziano, per ciò stesso, e qualunque sia l'oggetto per cui si dichiara averla rinunziato, vi si sostituisce di pieno dritto la primitiva comunione.

Tal sistema che sviluppa i principi di Pothier, non era forse consentaneo allo spirito della legge nel nostro titolo? La legge vuol che i coniugi tengano le convenzioni matrimoniali, permettendo loro per eccezione che se ne allontanino con una separazione giudiziale, quando necessità il richiede e corre rischio la moglie; or quando costei dice di non esservi pericolo, e consente di rinunziare alla separazione, si deve tornare alla regola del contratto, senza badare al capriccio dei coniugi che vogliono rinunziarvi per formare una comunione diversa dalla prima.

1452 (1416 M).—Lo scioglimento della comunione prodotto dal divorzio o dalla separazione di persona e di beni, o di beni solamente, non dà luogo ai diritti compe-

tenti alla moglie nel caso di sopravvivenza al marito; essa conserva la facoltà di valersene dopo la di lui morte tanto naturale, che civile.*

1. — Cotesto articolo è insieme inutile e per doppio motivo inesatto.

Inutile perchè è naturale che i lucri di *sopravvivenza*, cioè i vantaggi che il contratto di matrimonio attribuisce ad un coniuge *quando egli sopravviverà* all'altro, gli son dovuti per la premorienza del coniuge; non si potranno certamente esercitare vivendo l'uno e l'altro, ed ignorandosi chi di loro morrà prima.

Inesatto, perchè è troppo ristretto sotto

un rapporto, e troppo largo sotto un altro. Difatti l'articolo parla della sola moglie, il che potrebbe far supporre che la regola non sia la medesima per il marito e per la moglie, mentre i lucri di sopravvivenza possono stipularsi per il marito o per quello dei coniugi che sarà superstite. L'articolo dice che la moglie conserva il dritto di esercitare più tardi i suoi lucri di sopravvivenza, benchè parli di scioglimento avvenuto non solo per la separazione di beni,

* Il nostro articolo 1416 è così concepito:
« Lo scioglimento della comunione prodotto dalla separazione delle persone e de' beni, o de' beni solamente, non fa sorgere i diritti competenti alla

moglie nel caso di sopravvivenza; essa conserva la facoltà di esercitar tali diritti dopo la morte del marito ».

ma altresì per quella di persona o per il divorzio (quando questo esisteva); ma la separazione di persona (ed anche il divorzio) toglie ogni dritto ai lucri di sopravvi-

venza al coniuge, contro il quale è stata pronunziata la sentenza (artic. 299, 1518 (228 M, T)).

SEZIONE IV.

DELL'ACCETTAZIONE DELLA COMUNIONE E DELLA RINUNZIA CHE PUÒ FARSI
COLLE CONDIZIONI CHE VI SI RIFERISCONO.

In questa sezione si tratta 1° delle regole generali intorno alle accettazioni o rinunzie di comunione (articolo 1453, 1455 e 1464 (1418, 1420 e 1426)); — 2° dello scioglimento della comunione per la morte

naturale o civile del marito, articolo 1456, 1462 e 1463 (1424, TT); 3° dello scioglimento per la separazione di persona o di beni (art. 1463 (T)); — 4° infine dello scioglimento per la morte della moglie.

1. Regole generali.

1453 (1418). — Dopo lo scioglimento della comunione, la moglie, o i suoi eredi ed aventi-causa, hanno la facoltà di accet-

tarla, o di rinunziarvi.

Qualunque convenzione in contrario è nulla.

I. — Abbiain spesso avuto il dextro di notare che la moglie può accettare o rinunziare la comunione, e quindi secondo le talenta, può essere comproprietaria de' beni della società coniugale e coobligata ai suoi debiti, o del tutto estranea agli uni ed agli altri.

Cotesta facoltà che si dà alla moglie in compenso del diritto esorbitante che ha il marito, è riguardata come uno degli elementi essenziali della regola di comunione, ed è per ciò una di quelle disposizioni di ordine pubblico cui non si può derogare. Pertanto sarebbe nulla e come non scritta qualunque convenzione o dichiarazione con cui la moglie, o nel suo contratto o durante la comunione, rinunzierebbe anticipatamente a quella facoltà.

Ma non potrebbe esser nulla la dichiarazione di accettare o di rinunziare che farebbe la moglie durante l'istanza di se-

parazione di persona o di beni, avvegna- chè si faccia allora per lo imminente scioglimento, e per essa si eserciti piuttosto anziché si abbandoni il dritto della scelta; nè bisogna fraintendere il pensiero del legislatore, attenendoci giudaicamente alle parole *dopo* lo scioglimento, poichè intendesi parlare d' una scelta fatta al tempo dello scioglimento (1).

Del rimanente cotesto diritto conferito alla moglie, che può esercitarsi anche dai suoi aventi-causa (2), non potrebbe esserlo dal marito anche quale avente-causa di lei.

— Un marito istituito legatario della moglie che premuore non lasciando eredi legittimari, non potrà (per non pagare il dritto di mutazione sulla metà dei beni comuni) rinunciare alla comunione come erede della moglie. — Il dritto della scelta passa ai rappresentanti della moglie; ma tal principio non si potrà applicare al ma-

(1) Orléans, 14 nov. 1817; Lione, 24 dic. 1829; Rigg., 21 giugno 1831 (Dev., 30, 2, 99; 31, 1, 268). Riterremo su quest' ultima decisione spiegando l'art. 1463 (T).

(2) Nondimeno è stato giudicato esser personale alla moglie il diritto di rinunciare alla comunione,

e non potersi esercitare in suo nome dai suoi eredi. Parigi, 31 marzo 1853 (Dev., 53, 2, 337). — Sic Odier (t. I, n. 430). — Vedi intanto in senso contrario Zachariae (t. III, § 312, nota 31); Paolo Pont e Rodière (t. I, num. 870); Troplong (t. III, n. 1501).

rito, poichè il dritto è stabilito contro di lui, nè può conciliarsi colla sua qualità (1).

1454 (1419). — La moglie che non ha preso ingerenza nei beni della comunione, non può rinunziarvi.

Gli atti semplicemente amministrativi o conservatori non inducono che abbia avuto ingerenza.

1455 (1420). — La moglie di età mag-

giore, che in un atto ha assunto la qualità dichiarativa della di lei comunione, non può più rinunziarvi, nè essere restituita in intero contro questa qualità, non ostante che essa l'abbia assunta prima di farsi lo inventurio; se pure non vi è stato dolo per parte degli eredi del marito.

SOMMARIO

I. Dell'accettazione espressa e tacita.

II. La moglie può farsi restituire per minore età

o per dolo, come pure per la sua rinunzia.

I. — In generale la moglie dopo scelto un partito non può più abbandonarlo: l'accettazione rende impossibile la rinunzia, e viceversa.

L'accettazione della comunione, come quella della eredità, può essere espressa o tacita, *verbis o facto* (2). — Sarà espressa, se la moglie mostra di essere in comunione, sia principalmente con un atto stesso a tale effetto, sia incidentemente in qualunque atto. Sarà tacita, se la moglie s'ingerisca nei beni della comunione, cioè faccia cosa per cui si tiene come proprietaria di quei beni, non potendo averla fatta senza tal qualità. Sicchè non si potrà inferire l'accettazione da atti di semplice amministrazione, o che tendano solo a conservare i beni. Per l'incontro l'accettazione s'inferirà, come vedemmo sotto l'art. 780 (697): 1° dalla donazione che la moglie faccia dei suoi diritti ad estranei, ad uno o più eredi del marito, o a tutti; 2° dalla pretesa rinunzia che essa faccia in pro di alcuni di questi eredi; 3° dalla pretesa rinunzia che faccia anche in pro di tutti, ma mercè un prezzo. Il contrario avviso porto

da Pothier (n. 545) su quest'ultimo caso, che adottava le sottigliezze del *gius civile* dei Romani, oggi non può più ammettersi, imperocchè il cedere un diritto mercede un prezzo, importa disporre: si osservi pure con Bognet che la legge citata da Pothier, quantunque nieghi ad un tal fatto il carattere di accettazione, che ha secondo il dritto civile, aggiunge che lo avea nell'editto del pretore, *in edictum tamen praetoris incidere*: or il nostro Codice ha analogia col dritto del pretore e non colle sottigliezze dell'*ipsam jus* (3).

Se questo o quello degli altri vari fatti che possano offrirsi custitoisca o no un atto di tacita accettazione, cioè se supponga necessariamente l'intenzione di agire come proprietaria dei beni comuni, ciò sarà in ciascuna specie validato dal giudice del fatto.

II. Il principio che la moglie non possa esser restituita contro la sua accettazione, va eccettuato in due casi: 1° se essa sia minore al tempo dell'accettazione; 2° se questa sia stata la conseguenza di un dolo contro essa praticato, cioè se si sieno u-

(1) Big., 9 marzo 1842 (Dev., 42, 1, 193).

(2) Questa regola reggerà, sia che la comunione si scelga per la morte del marito, sia per la separazione di persona: in quest'ultimo caso pure la comunione può accettarsi tacitamente: — V. Paolo Pont, *Rivista critica* (t. I, p. 210), e *Contratto di matrimonio* (t. I, nom. 810) Troplong (t. III, n. 1381). — Vedi pure Puffiers, 23 febbraio 1812;

Cass., 8 febr. 1843, 10 nov. 1843, 14 marzo 1855; Parigi, 31 luglio 1847 e 2 maggio 1850 (J. P., 1842, t. II, p. 42; 1843, t. I, p. 632; 1847, t. II, p. 253; 1848, t. I, 894; 1850, t. I, p. 334; 1856, t. I, p. 297).

(3) Bognet (sopra Pothier, VII, p. 292); Paolo Pont e Rodière (I-812); Troplong (III-1517).

sati dei raggi, onde farle credere la comunione molto migliore di quel che non fosse.

Ordinariamente il dolo può allegarsi contro chi l'ha praticato (art. 1116 (1070)); in guisa che la moglie contro cui quello si è usato dagli eredi, per farle accettare la comunione senza formar l'inventario onde garantirla del pagamento dei debiti *ultra vires* (art. 1438 (T)), potrà prendersela cogli eredi, non coi creditori che erano ignari degl'intrighi fraudolenti. — Secondo tal principio l'accettazione di cui trattasi sarà valida, obbligherà sempre la moglie in faccia ai creditori, potendo solo rivolgersi contro gli eredi che praticavano il dolo.

Ma qui non si può applicar un tal principio, dicendosi dalla legge che la moglie può fare annullare la sua accettazione e rinunziare alla comunione, ove il dolo sia intervenuto per parte degli eredi. Qui adunque il dolo è *in rem* e non semplicemente *in personam*. Ciò posto, produrrà gli stessi effetti se praticato dai creditori del marito; ed il legislatore ha parlato di quello praticato dagli eredi, come *de eo quod plerumque fit*. Il motivo di questo

effetto particolare del dolo è stato da noi indicato, spiegando l'analoga disposizione dell'art. 783 (700).

Diciamo adippiù che la minore età della moglie, o il dolo usato contr'essa, sono cause di nullità della sua accettazione, senza badare se la sia espressa o tacita. Vero che il Codice ne parla a proposito della accettazione espressa; ma il suo silenzio per la tacita addimosta esser più evidente l'applicazione in tal caso. È ben chiaro in fatti, che se la moglie minore non può obbligarsi irrevocabilmente con un atto diretto e formale di accettazione, non lo potrà con più ragione con un'accettazione che sorge indirettamente. Da alcuni fatti, di cui forse, a causa dell'età sua, non sa comprender lo scopo. Medesimamente con la frode si può ottenere ben facilmente dalla moglie lo adempimento di uno di tai fatti, meglio che la sottoscrizione di un atto espresso di accettazione, e qui ancora *a fortiori* si deve ammettere la nullità dell'accettazione tacita.

Parimente, come è chiaro, cotali due circostanze, il dolo e la minore età, saran cause di nullità della rinunzia (1).

1464 (T). — I creditori della moglie possono impugnare la rinunzia fatta da lei o

da' suoi eredi, in frode de' loro crediti, ed accettare la comunione in nome proprio.

1. — Questa regola riproduce il principio dell'art. 1167 (1120), e noi rimandiamo alla spiegazione di quest'articolo, non che dell'art. 788 (705). — Non ostante la contraria dottrina di molti scrittori (2), si scorge chiaramente che l'azione, applicata qui

alle sole rinunzie, s'applica pure e con più ragione alle accettazioni, conforme insegnano Pothier (n. 559), Paolo Pont e Rodière (I, n. 816-3°), Bellot (t. II, p. 342), Bugnet sopra Pothier (*loc. cit.*), e Duranton (n. 437).

2. Scioglimento della comunione per la morte del marito.

1456 (1421). — La moglie superstite che vuole conservare la facoltà di rinunziare alla comunione, dee entro tre mesi successivi alla morte del marito far pro-

cedere ad un fedele ed esatto inventario di tutti i beni della comunione, intesi o citati legittimamente gli eredi del marito.

Ella dee nel chiudersi l'inventario di-

(1) Perchè sia irrevocabile l'accettazione o la rinunzia della moglie, non ostante la di lei minore età, bisogna che si faccia coll'assistenza di un curatore, sull'avviso conforme del consiglio di famiglia (art. 484, 461 (407, 384)). — Se trattasi di un

erede della moglie, questi potrà essere non solo minore, ma ancor pupillo; e l'atto dovrà farsi allora dal suo tutore.

(2) Toullier (XIII-293); Zachariae (III, p. 493); Odier (I-476); Troplong (III-1529).

chiarare che sia sincero e veridico, innanzi all'uffiziale pubblico che l'ha ricevuto.

1457 (1422 M). — Nei tre mesi e quaranta giorni dopo la morte del marito, ella deve fare la rinuncia nella cancelleria del tribunale di prima istanza, nel distretto del quale il marito aveva il domicilio; quest'atto deve iscriversi nel registro destinato a ricevere le ripudiazioni delle eredità.*

1458 (1423). — La vedova può, secondo le circostanze, domandare al tribunale civile una proroga del termine prescritto col precedente articolo per la sua rinuncia: tal proroga se lui luogo, si accorda,

intesi o citati legittimamente gli eredi del marito.

1459 (1424). — La vedova che non ha fatto rinuncia nel termine sopra stabilito, non è privata della facoltà di rinunciare, quando non siasi ingerita ne' beni, ed abbia fatto procedere all'inventario: può soltanto esser convenuta come vivente in comunione fino a che vi abbia rinunciato; e dee pagare le spese fatte contra di lei sino alla sua rinuncia.

Può egualmente esser convenuta dopo la scadenza de' quaranta giorni successivi al compimento dell'inventario, qualora questo sia stato compiuto prima de' tre mesi.

SOMMARIO

I. Differenza tra la vedova e la moglie separata di persona o di beni. Analisi degli articoli.

I. — Sciogliendosi la comunione per la morte del marito, la moglie trovasi immediatamente in possesso di tutti i beni comuni, e perchè facilmente potrebbe distornare una parte di cose o valori mobili, è trattata diversamente che se la comunione si sciugliesse per la separazione di persona o di beni. Fino a che ella non dichiari di rinziarsi, secondo le forme e con le condizioni richieste, si presume che accetti, e tal si terrà definitivamente, ove non abbia adempiuto le condizioni nel termine stabilito; mentre nell'altro caso si presume che rinnuzi fino a che non dichiari il contrario, e così si riterrà definitivamente ove nulla dichiari. La moglie superstite che non è deliberata di accettare la comunione, può se lo stima, rinziarla im-

II. Il non essersi fatto dentro il termine l'inventario trae seco la decadenza.

mediatamente dopo la morte del marito; e allora non è tenuta all'inventario, e senza altro può far la sua rinuncia nella cancelleria del tribunale civile (1); ma se ella è incerta se debba restare in comunione ovvero rinziarsi e vuol maturare il partito da prendere, può conservare il diritto di opposizione facendo stendere, presenti gli eredi del marito ovvero chiamati, un fedele ed esatto inventario (2) che ella deve affermare di esser sincero quando si chiude. Il quale inventario si deve fare per quanto si può entro i tre mesi dalla morte del marito; ma se non bastano, il termine può prorogarsi (art. 174 (268) del Codice di procedura). La moglie che non ha fatto l'inventario nel termine stabilito dalla legge o prorogato dal giudice, perde la facoltà

* Il nostro art. 1422 è così concepito:

« Ne' tre mesi e quaranta giorni dopo la morte del marito, ella dee far la rinuncia nella cancelleria del tribunale civile della provincia o della valle, dove il marito avea il domicilio; se però si tratti d'interesse che non ecceda la somma di ducati trecento, potrà farla nella cancelleria del giudice del circondario. Questo atto debbe iscriversi nel registro destinato a ricevere le rinunzie della

eredità ».

(1) Nondimeno la rinuncia alla comunione può risultare per rispetto agli eredi del marito da una convenzione stabilita fra essi e la moglie; nè in tal caso bisogna che sia fatta alla cancelleria del tribunale, Ric. 4 marzo 1846 (Dall., 56, 1, 131).

(2) Quanto alla sua esattezza vedi il commento dello art. 794 (711).

di scegliere e rimane in comunione. Se ha fatto inventario entro il termine (supposto che non s'ingerisca per nulla nell'amministrazione) conserva per trenta anni il dritto della rinunzia (1). Ma bisogna fare una distinzione; la moglie non può esser costretta a dichiararsi nei quaranta giorni dati dalla legge, dopo spirati i tre mesi, o chiuso che è l'inventario se è finito innanzi dei tre mesi; termine che può prorogarsi occorrendo dal giudice. Spirato il termine la si può costringere a deliberarsi, e dichiarando di rinunziare come è sempre libera di fare, pagherà le spese dei procedimenti intentatisi contro di lei come rimasta in comunione.

II. — Nondimeno havvi contraddizione dicendosi che la moglie non possa più rinunziare, ove non facci l'inventario nel termine stabilito dalla legge o dal giudice; e le decisioni su ciò han giudicato variamente (2); ma il ravvicinamento con cui la contraria dottrina vuolsi giustificare implica in sè stesso la condanna. Infatti lo erede (art. 800 (717)) può far sempre lo inventario dopo spirati i termini, finchè non è stato citato e condannato come erede puro e semplice; ma l'erede non detiene

i beni come la vedova, nè può così agevolmente come quella appropriarsi alla insaputa di tutti i ragguardevoli valori; i due casi non sono punto analoghi, ed è molto per la moglie un termine di tre mesi che può prorogarsi secondo le circostanze. Non si doveva adunque riguardar la moglie come l'erede, nè si è fatto; mentre l'articolo 800 (717) dà facoltà allo erede, dopo spirati i termini, di accettare non solo col beneficio, ma altresì di far l'inventario, lo art. 1459 (1424) invece accorda solo alla moglie il dritto di rinunziare, dichiarando che la rinunzia potrà farsi dopo il termine, quando l'inventario si sia fatto prima. È questa la dottrina della Corte di cassazione.

Del resto ben si comprende che la mancanza d'inventario dentro il termine non potrebbe opporsi alla moglie che aveva prima accettato e che dipoi, per cagion di dolo, fa annullare la sua accettazione. Siccome la moglie che accetta non deve fare inventario, così il non averne fatto, od avere accettato, è conseguenza della frode, e quindi non deve rispondere se fa dichiarar nulla la sua accettazione (3).

1460 (1425). — La vedova che ha sottratto o nascosto qualche cosa appartenente alla comunione, è dichiarata soggetta alla

comunione, non ostante la sua rinunzia: lo stesso ha luogo riguardo a' di lei eredi.

SOMMARIO

I. La distorsione o la sottrazione trae seco la perdita del dritto di rinunzia. Quid della distorsione posteriore alla rinun-

zia? Controversia.

II. L'articolo non s'applica alla moglie minore. Si disse che da molti scrittori.

I. — La vedova che occulta o distorva alcun oggetto della comunione, compie un fatto che è insieme un delitto ed un atto

di tacita accettazione. Ella pertanto diviene in comunione (4). nè la rinunzia che potrebbe più tardi fare può togliere a lei una

(1) Non era così sotto la consuetudine di Bretagna. La rinunzia alla comunione doveva farsi, pena la decadenza o la prescrizione, entro tre mesi e quaranta giorni pri maggiori, e poi minori entro quaranta giorni del dì della loro maggiore età; è stato deciso che tal prescrizione debba regularsi anche oggi con le leggi antiche sotto il cui vigore si è sciolta la comunione. Cass. 18 luglio 1853. (Dev., 53, 1, 567). Intorno a quest'ultimo punto, vedi il commento dell'art. 2281 (2187) nel titolo della Pre-

scrizione.

(2) Conf. Bruxelles, 18 maggio 1811; Parigi, 2 aprile 1816; Rig., 24 marzo 1828; Cassaz. (di una decisione di Colmar) 22 dic. 1829. Limoges 19 giugno 1835 — Contra: Metz, 24 lug. 1812; Bordeaux, 26 feb. 1829; Parigi, 10 gen. 1835; Colmar, 24 febbraio 1838 (Dev., 35, 2, 455 e 475; 38, 2, 605).

(3) Rig., 5 dicembre 1828 (Dev., 38, 1, 945).

(4) Ma è necessario che la omissione sia avvenuta per frode; e se la frode fosse stata fin da

tal qualità, poichè irrevocabile è l'accettazione, tranne le prevedute eccezioni. Il distorno della moglie che ha rinunciato non annulla l'intercedente rinunzia (essendo questa irrevocabile, pari all'accettazione); sarebbe ciò nè più nè meno un furto fatto agli eredi del marito oramai soli proprietari.

Pure questa soluzione data da noi sotto l'art. 792 (709) (il cui caso è sì analogo a quello del nostro articolo che le due regole debbono ugualmente spiegarsi) può far sorgere qualche dubbio. Potrebbe dirsi che se il dritto romano (*Dig. I, 19, t. 2, 74, § 9*) riguardava il distorno posteriore alla rinunzia come un furto, e per cui non veniva meno la rinunzia, nel nostro antico dritto invece alcune consuetudini, specialmente quella d'Artois (art. 163), stabilivano una regola diversa, e facevano che il distorno rendesse come non avvenuta la rinunzia anche precedente; il testo del nostro articolo par che esprima questa stessa idea, dicendo *di dichiarare la moglie in comunione non ostante la sua rinunzia*: ciò par che alluda ad una rinunzia già fatta; infatti lo articolo è stato spiegato in tal modo dal tribuno Duveyrier, innanzi il Corpo legislativo. Dice egli che la moglie sarà dichiarata in comunione *quant'anche avesse rinunciato* (Fenet XIII, p. 735). Tra i due sistemi assoluti può mettersene innanzi un terzo. Toullier (IV-350) e or dopo lui Troplong (III-1563 e 1564), ammettendo come principio, che il distorno posteriore alla rinunzia non distrugge lo effetto di questa, vogliono che tal principio vada eccezzuato quando vi ha connessione tra la rinunzia ed il distorno, di cui l'una avrebbe per fine di facilitar meglio o dissimular l'altra.

Delle tre opinioni l'una deve rigettarsi, ed è quella mezzana di Toullier e di Tro-

plong. Che tal dottrina sia stata altre volte quella di molti scrittori era ben naturale, allora che per la mancanza di testi legislativi il più delle regole erano negli scritti dei giureconsulti, e nelle decisioni dei tribunali; ma oggi giorno che nè la magistratura nè gli scrittori possono fare o modificare la legge, un principio scritto nel Codice non può avere altra eccezione di quella che vi si trova ugualmente scritta. Delle due cose l'una: o il nostro articolo intende parlare della rinunzia posteriore al distorno, e allora la combattuta dottrina si spingerebbe più oltre della legge col dare per alcuni casi lo stesso effetto alla rinunzia antecedente; o intende parlare di questa e dell'altra, e tal dottrina violerebbe la legge in senso inverso, col ricusare alle volte l'effetto voluto all'antecedente rinunzia. Il nostro articolo è assoluto, ed in conseguenza ci pone o sotto l'assoluto principio del dritto romano, o sotto il contrario, ma ugualmente assoluto, della Consuetudine d'Artois, secondo che parli o della sola rinunzia posteriore al distorno o di qualunque rinunzia. Ma a quale delle due idee si è appigliato il Codice? Alla prima certo, e la contraria opinione del tribuno Duveyrier è erronea.... È logico che una rinunzia, tanto che sia formulata e regolarmente fatta e qualunque ne sia il fine legale o colpevole, renda il rinunziante estraneo ai beni e costituisca furto il distorno da questo commesso su qualcuno di quelli. Per questo motivo non essendo il contrario positivamente dichiarato, ben può dirsi che il Codice abbia abbracciato questa idea. Altra perentoria ragione si è, che tale idea era generalmente adottata nel nostro antico diritto, e la contraria una eccezione impercettibile tra le varie nostre consuetudini (1). In fine se il testo del nostro articolo è dubbio su ciò, egli è chiaramente

principio, la vedova non dovrebbe dichiararsi in comunione, se avesse di sua volontà restituito gli oggetti distornati. Agen 6 genn. 1851 (Dev., 51, 2, 680). — Vedi *infra*, sopra l'art. 1571 (7).

(1) Dumai (parte 2^a, l. 1, t. 3, sez. 1, num. 12); Lebrun (lib. 3, cap. 8, sez. 2, n. 60); Delauriere (sopra Loisel, l. 2, t. 1); Martin (*Rep.*, alla parola

Occultazione, n. 2); Favard (alla parola *Rinunzia*, n. 18); Delvincourt (l. II); Chabot (art. 792 (700), n. 3); Belost-Jolimont (*ibid.*); Duranton (VI-482 e XIV-483); Mulpel (n. 331); Bellot des Minières (II, p. 287); Zachariae (III, p. 492); Duvergier (sopra Toullier).

spiegato in tal senso dall'analogo testo dell'art. 792 (709), il quale dicendo, come il nostro vagamente, che gli eredi occultando o distornando, restano puriesemplici *malgrado la loro rinunzia*, cosa che potrebbe far credere ad una antecedente rinunzia, sviluppa la sua idea col dire che gli eredi sono allora *decaduti dalla facoltà di renunziare*; ed in tal senso preciso l'articolo è stato presentato nell'esposizione dei motivi (Fenet XIII, p. 452-453). A ragione adunque tal dottrina è ammessa da tutti gli scrittori (1).

II. — Il nostro articolo, come si è già detto della disposizione analoga dell'articolo 792 (709), non s'applica alla moglie minore, ed a torto molti scrittori decidono altrimenti, perchè l'art. 1310 (1264) di-

chiara non potersi restituire il minore contro l'obbligazione nascente dal suo delitto. Cotesti scrittori confondono due cose perfettamente distinte: 1° l'obbligazione che deriva dal delitto, la quale consiste nè più nè meno in riparare il torto cagionato da quello; 2° l'effetto ben diverso appartenente ad altro ordine d'idee, con cui il distorno, riguardato quale atto di tacita accettazione, importa la perdita del dritto di rinunziare alla comunione. Qui due quistioni: se la moglie sarà obbligata per il suo delitto, e questa è affermativamente risolta dall'art. 1310 (1264); se il fatto trarrà la perdita del diritto di rinunziare, e questa deve risolversi negativamente, secondo il già detto sotto l'articolo 1435 (1420) (2).

1461 (1426). — Morendo la vedova prima della scadenza de' tre mesi, senza che abbia fatto o compiuto l'inventario, i suoi eredi avranno per farlo o per terminarlo, un nuovo termine di tre mesi da contarsi dal giorno della morte della vedova; e dopo il compimento di esso, quello di giorni quaranta per deliberare.

I. — Allorquando la moglie superstite muore pria che definitivamente accetti o rinunzi, il dritto di scegliere che le appartiene tuttavia al momento della morte e fa parte del suo patrimonio, si trasmette ai suoi eredi; e la legge col nostro articolo accorda di nuovo a questi, sia per far lo inventario che per deliberare, tutti i termini accordati alla moglie, quantunque in parte sieno cominciati a correre. Se due mesi, dopo il marito, muore la moglie che non ha finito l'inventario, gli eredi avranno non uno ma tre mesi, e se quella dopo terminato l'inventario muore a capo di 30 giorni da quando fu finito, non dieci giorni ma quaranta potranno aver gli eredi per

Se la vedova muore dopo compiuto l'inventario, i suoi eredi avranno un nuovo termine di quaranta giorni dopo la di lei morte per deliberare.

In oltre possono rinunziare alla comunione nelle forme sopra stabilite, essendo anche ad essi applicabili gli art. 1458, 1459 (1423, 1424).

deliberare (3). Del resto le regole stabilite continuano ad applicarsi: gli eredi potranno far prorogare dal magistrato il termine di quaranta giorni accordato per deliberare (art. 1458 (1423)); potranno sempre dopo i termini e durante i trenta anni, salvo a pagare le spese dei procedimenti contro essi intentati, far la rinunzia (artic. 1459 (1424)); la quale dovrà, come quella della moglie, farsi alla cancelleria del tribunale (art. 1457 (1422 M)).

Per altro il nostro articolo, nel secondo paragrafo, parla pei soli casi ordinari, nè la sua regola potrebbe applicarsi a tutte le ipotesi. Se gli eredi della moglie, che lascia un inventario quasi finito (trovando

(1) Vedi la nota precedente.

(2) Conf. Bellot (II, p. 284); Zachariae (III-pagina 492); Rodière e Paolo Pont (I-816); Contra: Belvincourt (I. II); Batur (II 702); Troplong (III-1567).

(3) La legge non s'occupa, e noi dovea, dell'ipo-

tesi in cui la moglie morisse senza fare l'inventario dopo i tre mesi, dappoichè in tal caso la vedova perderebbe il suo dritto di scegliere, essendo morta colla qualità irrevocabile rimasta in comunione.

in questo tutti gli schiarimenti necessari intorno al patrimonio della loro parente, o credendo d'altronde saperne abbastanza) accettino subito la eredità, allora basterà il termine di quaranta giorni, ed il nostro secondo paragrafo, fatto per un tal caso, avrà la sua applicazione. Ma se questi stessi eredi (conoscendo o temendo che la moglie dopo lo scioglimento della comunione non abbia fatto cosa nè atti qualun-

que intorno ai quali l'inventario della comunione nulla accennerebbe) non vogliono accettare, essi possono sempre, per far l'inventario della eredità, avere i tre mesi, secondo l'art. 795 (712); e siccome il loro partito, quanto alla comunione, sarebbe una accettazione della eredità, i 40 giorni correrebbero dallo spirare dei tre mesi o dalla chiusura dell'inventario fatta pria di questo tempo.

1462 (T). — Le disposizioni degli articoli 1456 (1421) e seguenti sono applicabili alle mogli delle persone morte civilmen-

te, dal momento in cui ebbe luogo la morte civile.

I. — Siccome la morte civile del marito, come la naturale, scioglie la sua comunione e fa aprire la sua eredità; e d'altra parte, siccome la morte civile può soltanto colpire gli individui che entrano nel bagno, o i deportati o i contumaci, in modo che la moglie del morto civile, avrà sempre

pari alla vedova, il possesso dei beni comuni, i due casi, salvo la disposizione dell'articolo 1463 (T), sono del tutto pareggiati l'uno all'altro, e le regole stabilite dai sei precedenti articoli pel primo, si applicano ugualmente al secondo.

1465 (T). — La vedova, o che accetti o che rinanzi, ha diritto, durante i tre mesi e quaranta giorni che le son conceduti per far l'inventario e per deliberare, di prendere dalle provvisioni esistenti gli alimenti per se e pei suoi domestici, ed in mancanza di quelle, può supplirvi prendendo danaro ad prestito a conto della massa comune, coll'obbligo però di usarne moderatamente. Essa non è tenuta ad alcuna

pigione per aver abitato, durante questi termini, in una casa dipendente dalla comunione, o spettante agli eredi del marito; e se la casa che abitavano i coniugi nel tempo dello scioglimento della comunione, era da essi tenuta per titolo d'affitto, la moglie non sarà obbligata a contribuire, pendenti gli stessi termini, al pagamento della pigione, la quale sarà pagata dalla massa comune.

I. — La vedova, per la sua misera ed interessante posizione; è autorizzata a prendere sulla comunione, durante il tempo necessario per far l'inventario e deliberare, le spese per gli alimenti e l'abitazione di lei e dei suoi domestici.

Tal beneficio ha nè più nè meno la durata del tempo necessario per far l'inventario e deliberare; in modo che se la moglie a ciò fare impiegasse due mesi, e non quattro mesi e dieci giorni, o se sei mesi per una proroga del giudice, il suo dritto sarebbe pei due mesi nel primo caso e per li sei nel secondo. Allorquando la moglie ha per esempio rinunciato alla comunione,

non vi ha più ragione di darle casa e mantenerla a spese della comunione di cui non fa oramai più parte; or se il beneficio cessa necessariamente allorquando la moglie ha presa una risoluzione, certo che deve continuare fino a tanto che ella non si è decisa, e che i termini ad essa dati non sieno spirati. Era questa l'idea di Pothier (numeri 570, 571) e i nostri compilatori non han voluto far altro che riprodurla. Ciò non è dubbio in faccia all'articolo 1493 (T), il quale occupandosi di nuovo di tal beneficio, per dire che esso non si trasmette agli eredi della moglie, non parla più dei tre mesi e quaranta giorni, ma solo del

termine dato per fare inventario e deliberare (1).

Dovendosi prendere queste spese sulla comunione, la moglie accettando dovrà pagarne la metà; le pagherà tutte intere la eredità del marito, quando ella avrà rinunciato. — Dal qual principio bisogna inferire che quando la casa abitata dalla moglie fosse non della comunione, ma degli eredi del marito, costoro potrebbero farsi pagare le pigioni dalla massa comune, acciòchè la moglie, ove accetti, ne paghi la metà.

L'articolo non parla, come non doveva, delle spese di mantenimento od'educazione dei figli della vedova: o essi sono figli comuni, e allora sono appunto gli eredi del marito, o figli di un precedente matrimonio, e la disciolta comunione di nulla è loro debitrice.

Notiamo da ultimo; che il motivo di tal disposizione e la sua natura di privilegio eccezionale ed il suo testo ed il posto che occupa, indicano chiaramente non esser da applicarsi alla moglie del morto civile.

3. Scioglimento per la separazione di beni e di persona.

1463 (T). — La moglie che ha fatto divorzio, o che è separata personalmente, se non abbia accettata la comunione fra i tre mesi e quaranta giorni dopo la sentenza definitiva del divorzio o della sepa-

razione, si considera che vi abbia rinunciato, purchè prima della scadenza del detto termine non abbia ottenuta una proroga dal giudice, inteso il marito, o legittimamente citato.

SOMMARIO

I. La moglie nel caso di scioglimento per separazione personale non è tenuta a fare lo inventario, e vien reputata come se legalmente vi abbia rinunciato, ove non accetti nei tre mesi e quaranta giorni (salvo proroga del termine) a contare dal giorno in cui la sentenza è passata in cosa giudicata.

II. Scorso quel termine la moglie ha irrevocabilmente rinunciato.

III. Le regole sono le stesse della separazione di beni. Errore di Bellot; contrario errore dei tribuni Duveyrier e Mowicault.

IV. Se la moglie muore in quel termine, i suoi eredi hanno un nuovo termine di tre mesi e quaranta giorni.

I. — Sciogliendosi la comunione per la separazione di persona o di beni, siccome restano provvisoriamente al coniuge il possesso, l'amministrazione e il godimento dei beni comuni, e quindi ei non può temere alcun distornamento della moglie, la legge non esige più che questa faccia l'inventario, e la lascia libera di accettare, o di rinunciare senza compier quella formalità. E siccome in questo caso la moglie che vuol essere riguardata qual comproprietaria dei beni, è costretta di agire contro il marito per aver la sua porzione del fondo sociale, la legge vede, nel silenzio di lei,

la probabilità che essa intenda rinunciare; e ciò diventa una certezza legale, cioè la rinuncia è irrevocabilmente acquistata quando la moglie senza accettare, ha fatto spirare il termine accordatole per iscegliere.

Questo termine che (come quello che ha per rinunziare la vedova la quale si presume avere accettato) può esser prorogato se fa di bisogno dal magistrato, presente o dopo chiamato il marito, è di tre mesi e quaranta giorni, in modo che equivale ai due termini accordati alla vedova l'uno per fare l'inventario, l'altro per deliberare. Doveva andare così; perchè da un lato ben-

(1) Sic Duranton (t. XIV, n. 106); Bellot (t. III, p. 358); Zachariae (t. III, p. 494, nota 32); Odier (t. I, n. 479); Troplong (t. III, n. 1596). — Secondo altri scrittori cotai diritto non deve mai eccedere

il termine stabilito. — Vedi Maleville (sopra l'articolo 1463 (T)); Battur (t. II, p. 686); Paolo Pont e Rodière (t. I, n. 794).

chè la moglie abbia qui il dritto di pronunziarsi nell'uno o nell'altro senso non facendo prima inventario, gli è pur naturale che essa non si pronunzi senza essersi informata mercè l'inventario; e dall'altro, l'inventario ov'ella accetti, le servirebbe perchè risponda della sua metà dei debiti comuni, fino alla concorrenza dello attivo (articolo 1483 (T)). Se essa adunque non è astretta a farlo, vi ha un grande interesse, ed era ben giusto dargliene il tempo.

Il termine corre, secondo il nostro testo, dal giorno in cui la separazione è stata definitivamente pronunziata, ossia da quello, secondo ben diceva la Corte suprema, in cui la sentenza non può più attaccarsi con uno dei mezzi ordinari; dal giorno della decisione in contraddizione, e da quello in cui spira il termine di opposizione contro una decisione contumaciale, o il termine di appellare contro una sentenza di prima istanza (1).

Ciò posto è errore il dire, come fe' una antica decisione della camera dei ricorsi (del 29 gennaio 1818), che il termine corra solo dal giorno del rendimento del conto, quando una sentenza di separazione ha prescritto al marito di render conto dei beni alla moglie.

Cotal dottrina, così apertamente contraria alla disposizione del nostro articolo, non è giustificata nemmeno da ragioni di equità o di utilità pratica, poichè la moglie può aver sempre prorogato il termine dal giudice, e stante il mal volere del marito potrebbe facilmente far dichiarare, per mò di esempio, che ella è obbligata di dichiararsi nel mese o nei quindici giorni seguenti al rendimento del conto.

II.—Abbiam delle volte affermato, che la moglie spirato il termine accordatole, non è assolutamente e definitivamente decaduta dalla comunione; in tali circostanze potrebbe ottenere tuttavia un nuovo termine per pronunziarsi, o pure *de plano* e senza un nuovo termine farsi dichiarare in comunione, provando non esser stato mai suo

pensiero il rinunziare. Imperocchè dicesi, secondo il nostro articolo, ove la moglie non accetti nel termine, si reputa aver rinunziato; ponendosi così una semplice presunzione *juris* contro cui non è vietata la prova, e si allega una pretesa decisione della Corte suprema (2).

Coteste idee non son da ammettersi. La moglie che ha fatto scorrere il termine facendo, non potrebbe averne un altro, poichè il nostro articolo non solo parla di proroga, ma aggiunge che la domanda non può esser accolta se non fatta dalla moglie *dentro il termine*. Ella non può provare di avere voluto sempre essere in comunione, e quindi è falsa la presunzione di riguardarsi come se abbia rinunziato; la legge nega l'azione giudiziaria per la presunzione di rinunzia, la quale togliendo alla moglie la proprietà dei beni, il dritto di rivendicarli, forma una presunzione *juris et de jure* contro cui non si ammette la prova contraria (art. 1342 (1296)).

Dicendosi nello articolo che la moglie si reputa avere rinunziato, non si vuole significare che essa fino a prova contraria si supponga avere rinunziato, ma che in dritto è assolutamente e rigorosamente come se abbia rinunziato, quand'anche ciò non fosse in fatto; parimente, quando lo art. 785 (702) dice che l'erede il quale rinunzia si reputa non esser stato mai erede, vuol dire, che a parlar legalmente non ha mai avuto tal qualità; similmente, secondo l'art. 883 (803) ciascun coerede si reputa aver succeduto soltanto ai beni compresi nella sua porzione. Le parole *si stima, si reputa* hanno nel linguaggio giuridico la maggiore energia, ed esprimono il sostituirsi del dritto al fatto, e sono la espressione più comune di quelle mille finzioni legali *quae idem operantur in casu ficto quam veritas in casu vero*.

La decisione di rigetto del 1831 condanna energicamente la dottrina da noi combattuta. Vero che in essa leggesi una espressione (poco esatta) la quale isolata e tronca sembra favorevole al contrario siste-

(1) Rig., 2 dic. 1834 (Dev., 34, 1, 774).

(2) Rig., 21 giugno 1831 (Dev., 31, 1, 268).

ma: « L'art. 1463 (T), dice essa, stabilisce una sola presunzione fondata sul silenzio della moglie, e non può prevalere sulla formale espressione del suo pensiero ». Ma la frase finisce con due parole che cambiano del tutto il senso che vorrebbe darsi a questa prima parte; perchè vi si dice: « sull'espressione formale della sua intenzione, manifestata anteriormente ».

III.—Poi la decisione soggiunge che « il fine evidente di tal disposizione non è di proibire una anticipata accettazione, ma solo di non permettere alla moglie che accetti, passato il termine ». In tal modo il ricorrente, giudicando interpretando il nostro articolo, pretendeva che la moglie potesse accettare nei tre mesi e quaranta giorni non dopo nè pria; in tal sistema l'accettazione fatta dopo la sentenza di separazione, ma pria fosse spirato il termine di appello sarebbe stato senza effetto! La Corte a buon dritto respinge questa strana idea, dicendo che l'articolo non proibisce l'anticipata accettazione, bensì la tarda, e che il suo unico ed evidente risultato si è che non è permesso alla moglie di accettare passato il termine. Ed è questo quel che da noi si sostiene (1). Si è da noi detto che il nostro articolo benchè parli solo della separazione di persona, pare si applica alla separazione di beni a cui sembra che la legge non abbia qui pensato, perchè era sene a lunga occupata nella precedente sezione, e perchè l'applicazione dell'articolo a tal caso è per altro evidente e deriva a fortiori dalla separazione di persona.

Intanto uno scrittore, Bellot (II, p. 312-321), insegna il contrario, sforzandosi provare che la moglie separata di beni debba esser come la vedova sottoposta all'obbligo dell'inventario, ed anche ove questo manchi nè vi sia una espressa rinunzia, alla

presunzione legale di accettazione. Ma è tanto più inesatto tal sentimento isolato, tanto più certo è il nessun obbligo dello inventario e la presunzione di rinunzia (ove non si sia accettato *verbis* o *facto* pria di spirare il termine) quanto non potrebbe sorgere altra difficoltà dal silenzio del nostro articolo che questa: se la moglie separata di beni abbia mai il dritto di accettare, e se le si debba imprimere necessariamente, e per la forza delle cose, la qualità di rinunziante. « È questione, diceva Pothier per tal caso, se la moglie possa accettare la comunione, e chiederne la divisione. — Pare in sulle prime che tal domanda sia in contraddizione collo separazione di beni che può farsi pel cattivo stato degli affari del marito, ed in conseguenza della comunione (n. 520) ».

Il tribuno Duvoyrier conseguentemente a tale idea diceva nel suo rapporto sulla nostra sezione che « la separazione di beni rende la moglie estranea alla comunione, e che le altre cause di scioglimento non le sole che dàn luogo al dritto di scelta ». (Fenet, XIII, p. 733, 734). Parimente esprime il tribuno Monricault nel suo rapporto sull'art. 874 (952) del Codice di proc., ma ciò sarebbe erroneo. Diceva altre volte Pothier e con Lebrun e colla giurisprudenza del Castelletto, ch'ei cita, che la separazione di beni ottenendosi qualche volta durante una comunione ancor buona, sebbene molto scemata, non poteva negarsi alla moglie il dritto di accettarla; questa facoltà non è oggi più dubbia, poichè l'art. 874 (952) del Codice di proc. accorda espressamente alla moglie separata di beni il termine di tre mesi e quaranta giorni per lo inventario e per iscegliere.

Ma è certo che la moglie può accettare, ciò non può mai presumersi, ed in man-

(1) Vedesi del resto che la prima frase della decisione di cui ha voluto farsi forte il contrario sistema, è inesatta e contraddittoria.

La decisione chiede se debba prevalere la presunzione legale di rinunzia, o l'intenzione espressa della moglie di formalmente accettare. Or prevalendo la presunzione nel silenzio della moglie, essa deve essere in faccia alla espressa volontà di lei, e viceversa. Come adunque far prevalere l'una sul-

l'altra, due cose che non possono coesistere? In ogni modo è stato deciso che la regola soffra eccezione nel caso in cui la difficoltà, che non è stato in poter della moglie far finire, l'abbiano impedito di dichiarare la sua scelta, ed in cui il marito, aderendo, ha rinunziato di giovare contro la moglie dello spirare dei termini. Rouen, 26 giugno 1851 (Dev., 52, 46).

canza su ciò di manifesta volontà, la separazione di beni, dopo la quale l'accettazione sarà rarissima, trae con più ragione della separazione di persona la presunzione di rinunzia, l'esoneramento dell'inventario ed in una parola l'intera applicazione del nostro articolo 1463 (T) (1).

IV. — La legge che prevede il caso in cui, durante il termine accordato per la scelta, muore la moglie sopravvivenne, non prevede la morte, durante tal termine, della moglie separata di persona o di beni. Come regolarsi in tal caso? Avrebbero gli eredi per pronunziarsi il solo tempo che resta dei tre mesi e quaranta giorni accor-

dati alla moglie, o deve loro accordarsi un nuovo termine di tre mesi e di quaranta giorni da contare dalla morte?

Adottasi da noi tale idea per analogia dell'art. 1416 (1426). Quest'articolo accorda di nuovo l'intero termine, non solo dei tre mesi dell'inventario, ma anche dei quaranta giorni per deliberare, benchè quest'ultimo non sia fatale, potendo la moglie o i suoi eredi nei trent'anni scegliere a loro piacimento; con più ragione devesi accordare l'intero termine nel nostro caso, essendo il termine fatale, spirato il quale non vi sarebbe più dritto di scelta.

4. Scioglimento per la morte della moglie.

1466 (T). — Nel caso dello scioglimento della comunione per la morte della moglie, i di lei eredi possono rinunziare alla

comunione ne' termini e colle forme che la legge prescrive alla moglie superstite.

I. — Allorchè per la morte della moglie sciogliesi la comunione, gli eredi di lei sono posti dalla legge in una posizione che non è quella della moglie superstite, nè l'altra della moglie separata di persona o di beni, ma sta fra mezzo alle due. Da un lato, pari alla donna sopravvivenne, gli eredi, sono obbligati se vogliono rimanere estranei alla comunione, farvi la rinunzia nei termini e colle forme degli art. 1457,

1458, 1459 (1422, 1423, 1424); in modo che fino alla contraria dichiarazione si reputano che abbiano accettato. D'altra parte, al pari della moglie separata, essi sono tenuti all'inventario perchè la legge impone loro i termini e le forme della rinunzia della vedova, ma non già le condizioni; e ciò è giusto, poichè il marito che ha il possesso dei beni non può temere che gli eredi della moglie ne distornino alcuna parte (2).

(1) Conf. Merlin (*Rep.*, alla parola *Intest.*, § 5, n. 3); Toullier (XIII 130); Glandaz (nn. 314 e 323); Demante (*Progetto*, III-120); Daranton (XIV-459); Paolo Punt e Rodière (1-805); Odier (1-456); Troplong (III 1582); Rouen, 10 luglio 1826; Grenoble, 12 febb. 1830). — Troplong (il quale adottando esplicitamente l'opinione generale, tratta la questione in modo poco completo, e si meraviglia che ristretto sia l'articolo, mentre gli antecedenti del Codice, e le circostanze della posizione la rendono sì naturale) crede che sia errore il citare come conforme alla comune nostra dottrina la decisione di Rouen del 1826, la quale a parer suo giudica il contrario. È questo un errore. — Vero che tale decisione compilata non molto bene dice non potersi applicare alla moglie separata di beni nè lo articolo 1459 (1424) nè l'art. 1464 (T); ma tosto soggiunge non potersi applicare *testualmente* quest'ultimo, che *testualmente* si limita alla moglie che ha fatto divorzio o è separata di persona; poi lasciati da banda i muti testi del Codice, dichiara che l'art. 1463 (T) è più analogo dell'articolo 1450 (1414) alla moglie separata di beni, e che dallo

spirito della legge risulta *non esservi termine fatale per la rinunzia* della moglie separata di beni, nè *obbligo impostole per far stendere l'inventario e bastare essersi ella astenuta per poter sempre rinunziare*. Conseguentemente riformando la contraria decisione di prima istanza, giudica (come poi ha fatto la decisione di Grenoble) che la moglie sia estranea alla comunione benchè abbia rinunziato, scorsi di molto i termini, e senza aver fatto inventario. Sorprende che Troplong, allegando la decisione di Grenoble, insista nel credere contraria quella di Rouen, mentre le due decisioni non solo *giudicano identicamente la medesima cosa*, cioè che non vi ha termine stabilito nè obbligo di inventario, ma quella di Rouen è molto più esplicita intorno a' due punti.

(2) La giurisprudenza prende in questo senso. Rouen, 10 luglio 1826 e 29 maggio 1843; Grenoble, 12 febb. 1830; Poitiers, 17 dic. 1851; Douai, 14 maggio 1855 (*Dev.* 47, 1, 493; 52, 2, 334; 56, 2, 25). È questa pure l'opinione professata da Paolo Pont nel suo *Trattato del Contratto di Matrimonio* (t. I, n. 878). Ma egli poi si è disdetto. Vedi

Gli eredi della moglie nelle di cui mani non sono i beni, si sarebbero dovuti pagare del tutto alla moglie separata, stabilendo anche per essi la presunzione di rinonzia. Ma poichè da una mano lo scioglimento avvenuto per la morte della moglie non fa sospettare il cattivo stato degli affari, che si suppone quasi sempre nella separazione di beni ed alle volte in quella di persona, e dall'altra non incomoda una

formale rinunzia quando non si ha da fare l'inventario nei tre mesi dal dì della morte, si applica naturalmente la disposizione del nostro articolo.

L'art. 1475 (T) regola il caso in cui alcuni eredi vorrebbero accettare la comunione ed altri rinunziarla, e ciò può anche avvenire nei due casi degli art. 1461, 1463 (1426, T).

SEZIONE V.

DELLA DIVISIONE DELLA COMUNIONE DOPO L'ACCETTAZIONE.

Nella nostra sezione la legge tratta della accettazione e della divisione di comunione che da quella deriva; poi nella seguente,

che è l'ultima, della comunione legale, della rinunzia e dei suoi effetti.

1467 (T). — Dopo che la moglie o i di lei eredi hanno accettata la comunione, la

parte attiva si divide, e la parte passiva si sopporta nel modo seguente.

La sezione, dopo le due idee esposte dall'articolo, tratta in due paragrafi: 1° della divisione delle attività; 2° del modo con cui si sopportano le passività. — Diciamo, come la legge, del modo *con cui si sopportano le passività* e non già della divisione delle

passività; avvegnachè queste non sieno nell'indivisione (dividendosi di pieno dritto i debiti), per cui non possono dividersi; si debbono solo stabilire le regole secondo cui devono pagarsi.

§ 1. — Della divisione delle attività.

Pria di procedere alla divisione, bisogna comporre la massa divisibile facendo conferire quel che i coniugi debbono alla comunione, e riprendere i beni propri o il danaro che lor deve la comunione.

La legge regola tali preliminari cogli articoli 1468 1473 (TT), e tratta poi della divisione nell'articolo 1474 (T) e seguenti.

1. Conferimenti e ricuperi precedenti alla comunione.

1468 (T). — I coniugi o i loro eredi conferiscono nella massa de' beni esistenti tutto ciò che devono alla comunione per titolo di compenso o d'indennità, secondo le regole di sopra prescritte nella sezione II della I parte del presente capo.

1469 (T). — Ciascun coniuge o il suo erede conferisce egualmente le somme che si sono levate dalla comunione, o il valore dei beni che il coniuge ha preso da essa per dotare una figlia d'altro letto, o per dotare a conto proprio la figlia comune.

1. — Nell'articolo 1437 (T) si è spiegato il principio secondo il quale il coniuge deve un compenso alla comunione, se ne ha tratto un personale vantaggio a spese dei beni comuni; tal principio applicasi particolarmente nelle ipotesi previste dal nostro art. 1469 (T), il quale tratta del modo come debba effettuarsi il compenso. Secondo i nostri articoli deve farsi con un *conferimento* reale o fittizio alla massa comune, (1) nè si potrebbe compensare col danaro dovuto dall'uno e dall'altro dei coniugi. Certo che il pagamento che si esegue colla compensazione dei compensi dovuti da ambe le parti alla comunione, avrà lo stesso effetto del pagamento eseguito colla collazione e sarà da preferirsi perchè più semplice; ma non è sempre tale. Se i compensi dovuti dai coniugi son uniti a compensi ad essi dovuti da una comunione che ha poco attivo, il marito potrebbe esserne gravemente lesa.

1470 (T). — Ciascun coniuge o il suo erede preleva dalla massa dei beni: — 1° I suoi propri beni non conferiti nella comunione, se esistono in specie, o quelli che sono stati acquistati in loro surrogazione; — 2° Il prezzo dei suoi immobili alienati durante la comunione, che non sia stato rinvestito; — 3° Le indennità che gli sono dovute dalla comunione.

1471 (T) — Le precapienze spettanti alla moglie hanno luogo prima di quelle del marito. — Quando i beni più non esi-

Supponiamo che ognuno dei coniugi debba 20,000 fr. alla comunione (sia per costituzione di una dote di 40,000 fr. fatta da entrambi, o per tutt'altra causa) e che la comunione debba alla moglie 50,000 fr. e ne possieda soli 40,000; se la collazione è fatta da entrambi i coniugi, i fr. 40,000 uniti realmente o fittiziamente ai 40,000 esistenti, faran giusto la somma necessaria per pagare li 50,000 fr. dovuti alla moglie, senza che il marito dia cosa alcuna oltre li 20,000 fr. che ei doveva alla comunione. Se estinguevansi invece colla compensazione i due compensi di 20,000 fr. dovuti dai coniugi, la moglie che troverebbe nella cassa comune 40,000 fr. invece di 50,000 dovutigli, si volgerebbe pel resto del credito su i beni propri del marito (articolo 1472 (T)), e questi pagherebbe 40 mila franchi e non 20,000 che dovrebbe soltanto pagare.

stono in specie, le precapienze si fanno primieramente sul danaro contante; quindi su' beni mobili, ed in sussidio sopra gli immobili della comunione: in questo ultimo caso la scelta degl'immobili spetta alla moglie ed a' suoi eredi.

1472 (T). — Il marito non può ripetere ciò che gli è dovuto suorchè su' beni della comunione. — La moglie ed i suoi eredi, quando non bastino i beni comuni, ripetono ciò che loro è dovuto su' beni propri del marito.

SOMMARIO

I. Tre sono gli oggetti delle precapienze. Pei due primi il marito e la moglie sono in pari condizione. Differenza fra di loro per rispetto al terzo. In questo pure possono ambo prendere beni della comunione in na-

tura e a titolo di proprietà. Falsa dottrina di Troplong.

II. Giustificazione di queste proposizioni. Redazione inesatta del Codice.

III. L'appropriazione dei beni comuni per com-

(1) Quando l'erede del marito, donatario d'immobili dipendenti dalla comunione, è stato condannato, perchè annullata la donazione, a conferire o restituire gl'immobili o il loro valore, il danaro che conferisce alla comunione invece degl'immobili deve comprendersi nella massa immobiliare, e

non come semplice compenso in quella mobiliare. Quindi la moglie donataria del mobile, non ha alcun diritto esclusivo su tal somma che deve dividersi tra lei ed il rappresentante del marito. Rig., 16 febb. 1832 (Dev., 53, 1, 18).

penso non dà luogo al dritto di mutazione. Secus se la moglie agisca sopra i beni del marito. Essa però non può appropriarsi

beni comuni in danno dei creditori della comunione.

1. — Le azioni di ricupera, o le pretese dei coniugi, han tre oggetti: 1° i loro immobili propri, che abbracciano gl'immobili acquistati e che han sostituito gli alienati; 2° il danaro non rimpiegato, ma non confuso nella cassa comune, dei beni propri alienati, ed anche tutti gli altri mobili che potrebbero esser propri; 3° tutti i crediti che possono avere i coniugi contro la comunione. La massa dei beni di cui parla l'art. 1470 (T) non sono solo i beni comuni, ma tutti quelli che trovansi nella casa, e si considerano dalla legge come formanti una sola massa, dappoichè tutti, anche i propri, trovansi riuniti in *unum* sotto l'amministrazione del marito, e sotto la comunione usufruttuaria dei beni propri.

L'esercizio delle azioni di ricupera non offre differenza alcuna tra il marito e la moglie in quel che concerne i due primi oggetti; i beni propri che esistono in *natura* ed i prezzi, non confusi nella cassa comune, dei beni propri alienati che diventano anche somme proprie esistenti anche in *natura*, si prelevano *in ipso corpore* dal coniuge cui personalmente appartengono. Ma tra il marito e la moglie esiste una differenza non solo come (l'indicherebbe l'inesatta espressione del Codice interpretandola letteralmente) *per i beni che non esistono più in natura*, locchè si applicherebbe solo ai compensi dovuti per alienazione di beni propri il cui prezzo si ha tolto la comunione, bensì per tutti i compensi oltre a quelli di beni propri in natura. In fatti la moglie essendo obbligata pei debiti della comunione fino alla concorrenza dell'attivo che trova (art. 1483 (T)), nel mentre il marito lo è indefinitivamente su i beni propri, come sulla sua

parte di comunione, ne segue che la moglie può prendere i suoi compensi, nel caso che non bastino i beni comuni, su i beni personali del marito (art. 1472 (T)); e questi non potendo agire contro i beni della moglie, i compensi di questa devono prendersi prima di quelli del marito (articolo 1471 (T)).

Questi compensi, che formano l'ultimo dei tre oggetti cennati, esercitansi dall'uno come dall'altro coniuge sul contante della comunione; se questo non basta, su' mobili, ed anche sugli immobili se questi non sieno sufficienti. Può d'altronde il coniuge fattone l'estimo togliersi e dai mobili, e dagli immobili quel che gli talenta (purchè l'importo non sorpassi la somma del compenso dovutogli). Se gl'immobili comuni non bastino, può allora la moglie volgersi pel di più contro il marito; ma non può procedere prelevando in natura; essa non è più proprietaria bensì semplice creditrice, e l'art. 1472 (T) non le conferisce in tal caso il dritto che l'art. 1471 (T) accorda su i beni della comunione. Solo dunque su questi la ricupera costituisce un primo atto di divisione. A ragione adunque la dottrina d'una decisione di Douai e di Troplong, secondo la quale le ricupere sarebbero fatte a titolo di *credito* e non di *proprietà*, è energicamente condannata dalla giurisprudenza (1).

Anche Troplong cade nell'errore condannato a buon dritto dalle decisioni della Corte suprema. Si è visto infatti che il sapiente magistrato, benchè incominci dal conoscere avere il Codice bandito l'antico sistema del dritto di credito, in modo che secondo lui la moglie chiamata a prendere per le sue azioni di ricupera (in mancanza

(1) Douai, 17 giugno 1847. — Caen, 19 gennaio 1832; Rouen, 10 luglio 1845; Parigi, 21 febbrajo 1846; Rig. civ., 1 agosto 1848; Rig. civ., 28 marzo 1849; Rig. di un ric., 8 ap. 1850 (Dev., 41, 2, 82; 46, 2, 305; 48, 1, 727; 49, 2, 71 e 353; 50, 1, 356). Ne segue che gli oggetti prelevati per tal

causa sulla massa comune dei beni della comunione, debbano essere imputati sull'ammontare dei suoi dritti pel valore che essi avevano il giorno dello scioglimento della comunione, e non per quello che hanno nel punto in cui si prevalevano. Bordeaux, 13 luglio 1853 (Dev., 54, 2, 145).

di danaro nella cassa comune) i mobili o immobili comuni in natura, non le prenderebbe che per dazione in pagamento e come modo di liberazione del debito della comunione; d'onde la conseguenza di poter essa ricensare i beni in natura, e volere si vendano per esser pagata in danaro. Abbiamo noi confutato abbastanza tal dottrina; non vi ritorniamo adunque; e perchè la moglie sotto il Codice, non come nell'antico dritto, agisce non in qualità di ereditrice, ma qual comproprietaria dei beni comuni, essa deve prender questi in natura. Checchè ne dica Troplong (III, 1628 e 1629), non vedesi quel che tal obbligo abbia di dannoso per la moglie, poichè essa avrà i beni dell'attuale valore, e sarà libera di venderli dopo averli ricevuti; se essa è astretta a prenderli, non lo è a serbarli (1).

II. — Il fin qui detto par sia su tre punti in opposizione più o meno precisa col testo della legge; ma è facile giustificare le nostre proposizioni.

Dicesi da noi che la priorità attribuita ai dritti della moglie su quelli del marito esiste solo per compensi o indennità e non per prelevamenti dei beni propri, cioè per l'ultimo dei tre oggetti enumerati dall'articolo 1470 (T) e non per due primi. Vero che il paragrafo dell'art. 1471 (T) dà tale priorità a tutti i prelevamenti della moglie senza distinzione alcuna; ma non è vero in ciò che riguarda i beni propri. Vale solo in quanto permette alla moglie di appropriarsi, anche per intero se il bisogno l'esige, i beni di cui il marito potrà togliere una porzione concorrendo con lei. Tal facoltà non esiste nella moglie su i beni propri del marito, ma solo sul danaro; su i mobili o immobili della comunione le è permesso dall'art. 1471 (T) di fare la scelta; i beni del marito rimangono lì per esser tolti da

lui, che può esercitarne il suo dritto durante, pria o dopo l'esercizio della moglie.

Dicesi anche da noi che il dritto della moglie di prender dalla comunione i mobili che le piaceranno, in mancanza di danaro, o gl'immobili se mancaran i mobili, esiste per tutti i compensi dovuti, qualunque ne sia la causa.

Il 2° paragrafo dell'articolo 1471 (T) par conferisca tal dritto solo per compensi dovuti per l'alienazione dei beni propri della moglie; ed una decisione di Lione dichiara che la regola non è da applicarsi alle semplici indennità che hanno una causa diversa dall'alienazione della cosa propria (2).

Ma tale idea intieramente respinta dalla decisione di Caen, menzionata nella nota precedente, è inesatta. Cotul dritto si dà alla moglie, non come semplice ereditrice, ma qual comproprietaria, qual convivente: or ella è tale, e colla ricupera si dà principio alla divisione, indipendentemente dalla causa per cui si devono i compensi: così Pothier, la cui dottrina è stata seguita dal Codice, mostra come semplicissimo e da applicarsi a tutti i compensi il dritto di prendere in natura i beni della comunione (numero 702).

La Corte di Lione, dicendo che questa disposizione ha per effetto di attribuire altri immobili alla moglie in vece di quelli alienati, tentò di spiegarla con un motivo bizzarramente falso, poichè la moglie può pretendere gl'immobili soltanto in sussidio, e per eccezione, in mancanza di danaro e di mobili.

Un' ultima pruova ricaviamo dalla disposizione del n. 3 dell'art. 1470 (T), il quale presentando tutte le indennità da ricuperarsi come costituenti le precepienze da farsi sulla massa, e pareggiandole quindi a quelle di beni in natura dei nn. 1 e 2

(1) Il dritto di prelevare in natura accordato alla moglie per i suoi dritti dall'articolo 1471 (T), cessa quando i mobili sono indivisibili: la precepienza può allora esercitarsi soltanto sul prezzo. Ric., 7 maggio 1853 (Dev., 53, 1, 369). Quando il marito non ha fatto inventario e non ha dichiarato l'esistenza e consistenza del mobile, i prelevamenti

della moglie devono esercitarsi sull'immobili, ed il marito onde farli esercitare pria su i mobili, non sarebbe ammesso a chieder la prova testimoniale per la esistenza e valore del mobile; Ric., 1° dicembre 1852 (Dev., 53, 1, 166).

(2) Lione, 3 marzo 1811 (Dev., 41, 2, 347).

ci mostra trattarsi qui di tutti i compensi, inesatti essere i termini della legge, e lo articolo nel parlare della ricupera per i beni che non esistono più in natura, aver voluto indicare qualunque ricupera oltre quella di beni esistenti ancora in natura.

Diciamo finalmente, che se il marito non può pretendere i suoi compensi prima della moglie, o insieme con essa, molto meno potrebbe agire contro i beni di costei, quando non basti la comunione; egli può per l'incontro, come la moglie, pagarsi coi beni comuni. — Pure l'articolo 1471 (T) indica questo dritto solo per la moglie; ma siccome l'art. 1470 (T) stabilendo la natura legale della ricupera, e formandone dei prelevamenti da farsi sulla massa dei beni, non fa distinzione fra il marito e la moglie; e siccome il dritto di appropriazione deriva dalla precapienza e dal dritto di comproprietà proprio d'ambi i coniugi, dobbiam fermamente tenere che un tal dritto spetta pure al marito. Così insegnava Pothier (*loc. cit.*) e la sopraddeca decisione della Corte di Caen.

III. — Poichè il coniuge prendendo i beni mobili o immobili della comunione per le indennità dovutegli fa un prelevamento legale di divisione, una ricupera di beni che si stimano essergli sempre appartenuti, non havvi in tal caso acquisto di proprietà, trasmissione da una persona ad un'altra, e in conseguenza non si deve il dritto di mutazione. Non così se la moglie, non bastando i beni della comunione, agisca contro il marito, e questi si liberi abbandonandole i beni mobili o immobili in na-

tura, che sono quindi estranei a lei; però essa li acquista, ed è tenuta al dritto di mutazione. Del resto non perchè il coniuge conservi legalmente i beni comuni, mercede la precapienza, la moglie potrebbe ritenere, come pretende Troplong (III-1633-1642), che i creditori della comunione potessero procedere sui beni da lei scelti (1).

In qualunque modo essa si riguardi, non può mai avere siffatto dritto. Se si ha come proprietaria, essa lo è come moglie in comunione; riprende la cosa come comune, la quale resta quindi in pegno dei creditori della comunione. — Se si riguarda come creditrice della comunione, gli altri creditori hanno l'ugual dritto; ella non ha per rispetto ad essi alcuna causa di prelazione, e dev'essere pagata in concorso con essi. Lo stesso è per gl'immobili della comunione come per i mobili, senza vi si possa opporre l'ipoteca legale della moglie, non ostante il parere di Pothier (n. 747), di Zachariae (III, p. 456) e d'una decisione di Angers (del 2 die. 1830); dappochè a qualunque parere si appigli, per conoscere se l'ipoteca della moglie che accetta gravi su gli acquisti della comunione che la divisione ha reso immobili dal marito; certo si è che essa non grava gl'immobili della comunione. L'art. 2121 (2007) col dare alla moglie l'ipoteca su i soli immobili del marito, rende impossibile il riconoscere la sua esistenza sui beni che per effetto della divisione potranno appartenere alla moglie. Troplong ed altri scrittori (2) han riconosciuto un tal punto.

(1) Questo punto è oggi vivamente controverso. Dopo la decisione del 15 febr. 1833 (J. P., 1833, t. I, p. 513) con cui la Corte di cassazione consacrò un dritto di prelazione in favore della moglie sopra i valori mobili della comunione, un disordine può dirsi essersi introdotto nella pratica, accordando quasi universalmente alla moglie il dritto di concorrere in proporzione cogli altri creditori sopra i valori mobili della comunione. Poi persistendo la Corte di cassazione in tal dottrina (decisione degli 11 aprile 1834; J. P., 1834, t. I, p. 246), ne è venuta una confusione di decisioni che riascirebbe difficile oggi, se non impossibile, determinare lo stato della giurisprudenza. Ci basti citare le ultime decisioni: Corte di Parigi, 23 febr. 1836 (Dev., 56, 2, 139); Bordeaux, 27 feb-

braio 1836 (Dev., 56, 2, 241); Douai, 21 genn. e 14 febr. 1836 (*ibid.*); Amiens, 6 marzo 1836 (*ib.*). Esse in generale confermano gli usi della pratica, e in questo senso si sono avvisati gli scrittori. — Vedi Paolo Pont, *Rivista critica* (I, III, p. 436; t. IV, p. 455 e t. VI, p. 398); Serrigny (*ibid.*, t. V, p. 462); Anselot (*ibid.*, t. VI, p. 408); Valette (*Il Dritto* del 25 aprile 1835); Mimerel (*Rivista critica*, t. IV, pag. 418). — Del resto la questione pende oggi innanzi la Camera riunite della Corte suprema; la pratica aspetta colla massima sollecitudine quest'ultima sentenza che toglierà ogni controversia.

(2) Vedi Grenier (*Ipot.*, I, 228); Delvincourt (II); Persil (*Quint.* I, p. 253); Duranton (XIV, 516); Troplong (*Ipot.*, n. 433 *ter.*); Valette (*Ipot.*, I, p. 255);

1473 (T). — I rinvestimenti ed i compensi che la comunione deve agli sposi, ed i compensi e le indennità che gli sposi debbono alla comunione, producono ipoteche gl'interessi dal giorno dello scioglimento di quella.

I. — Dal giorno stesso dello scioglimento i beni da prelevarsi dai coniugi e quelli da conferirsi non appartengono più alla massa, quindi gl'interessi corrono da quel giorno, a pro dei coniugi nei primi, ed a pro della massa nei secondi. E poiché sciolta la comunione non vi ha più il capo contro cui o da cui possa intentarsi la domanda, gl'interessi dovranno correre di pieno diritto senza bisogno di quella (art. 1153 (1107)).

2. Della divisione e dei suoi effetti.

1474 (T). — Fatte da entrambi i coniugi tutte le precipuenze sulla massa, il rimanente si divide per metà tra ciascuno di essi o fra quelli che li rappresentano. prendere se non la sua porzione virile ed ereditaria, su i beni caduti nella quota della moglie. Il di più rimane al marito, il quale resta obbligato verso l'erede rinunziante per quei diritti che la moglie avrebbe potuto sperimentare in caso di rinunzia, ma soltanto fino alla concorrenza della porzione virile ereditaria del rinunziante.

1475 (T). — Se gli eredi della moglie sono discordi, in modo che l'uno abbia accettata la comunione, cui l'altro ha rinunciato, quegli che l'ha accettata non può

SOMMARIO

- I. In principio, la comunione si divide per metà; non così quando alcuni degli eredi della moglie vi rinunciano.*
- II. Il dritto della scelta può usarsi diversamente, in qualunque modo pervenga agli eredi.*
- III. Similmente per gli altri successori generali.*

Quid di due legatari, uno di mobili, l'altro di immobili?

- IV. Perché dee solo il marito sostenere la ripresa dei dritti stipulati dalla moglie fatta dai rinunzianti.*

I. — Fattesi le collazioni e le precipuenze, i rimanenti beni che formano la vera massa, si dividono in metà fra il marito e la moglie o i loro eredi.

La divisione intanto può non farsi in metà, ove la comunione non si accetti dalla moglie, ma dai suoi eredi dopo la di lei morte. La legge infatti usando qui maggior preveggenza che non usò nella materia delle successioni (Vedi la spiegazione dell'art. 782 (699), n. 1), permette che ciascuno degli eredi della moglie rinunzi per la sua parte alla comunione, qualunque gli altri coeredi accettino; inguisa-

ché se, per esempio, son quattro gli eredi che hanno uguali dritti, ed un solo rinunzia, la divisione sarà ineguale; il marito avrà una porzione di $\frac{3}{4}$, e gli altri eredi che accettano prenderanno $\frac{1}{4}$ per uno. — Nell'antico dritto era controverso, se nel caso di rinunzia di uno o più eredi della moglie, la parte di questi dovesse aumentarsi agli accettanti, in modo che la comunione si dividerebbe sempre in due metà, una pel marito o per i suoi eredi, e l'altra per gli eredi della moglie, per quanti fossero; ma Pothier (n. 578) aveva osservato che potendo ben dividersi il dritto di

Paolo Poul e Rodière (I, 834). — In tutti i casi la moglie in comunione non può esercitare i suoi diritti, o come proprietaria o come creditrice pri-

legista, so i mobili della comunione, in danno dei creditori del marito ai quali sono dati in pegno. Dijon, 18 dic. 1845 (Dev., 56, 2, 333).

accettare o di rinunciare, ciascuno erede ha nè più nè meno per la sua parte nella metà, il dritto che avrebbe la moglie per l'intera metà, cioè può accettare o rinunciare. Ciò, che è ben ragionevole, è stabilito dal Codice. Adunque ciascuno degli eredi della moglie, accettando, prende nella metà della comunione una parte proporzionalmente alla sua quota ereditaria, rinunziando al marito quel che essi han lasciato. Ciascun erede, diciamo, non può accettare (o rinunciare) che per la sua parte ereditaria e non per la sua parte virile, siccome fa il nostro articolo che adopera insieme le due espressioni; avvegnachè le parti virili si raggugliano per capi, e s'ino eguali per tutti, per modo che essendo alle volte ineguali i dritti ereditari (come se gli eredi sono, l'uno fratello e l'altro padre del defunto), sarebbero spesso in urto le due parole virile ed ereditaria, mentre per lo più e trattandosi di figli, sono esatte.

II. — Sebbene l'articolo nostro riguardi il caso in cui il dippiù della comunione spetta al marito (non aggiungendo o ai suoi eredi), gli è certo non potersi la regola applicare ugualmente al caso in cui scioglimento della comunione per la morte del marito, la moglie superstite avesse poi morendo trasmesso ai suoi eredi il dritto di scelta da lei non esercitato. Paolo Pant e Rodière (1,839) par che restringano la disposizione alla sopravvivenza del marito; infatti altri giureconsulti si avvisano esser diversi i due casi. Quando lo scioglimento, si dice, è avvenuto in vita della moglie che non poteva in parte accettare e in parte rinunciare, essa trasmette indivisibile il suo dritto ai suoi eredi, per modo che questi tutti sono tenuti ad accettare o a rinunciare. Per l'incontro, lo scioglimento ha luogo per la morte della moglie, il dritto di scegliere ha il suo principio in persona degli eredi, e per conseguenza esso è divisibile, e diviso fin dal suo principio. — Errore: questo diritto può bene dividersi. La moglie per fermo non potrebbe esercitarlo che indiviso, poichè la medesima persona non può al medesimo

tempo accettare e rinunciare; ma non per questo ha luogo la pretesca indivisibilità del dritto: Esso non è già lo stesso per gli eredi, poichè per essi è divisibile e si divide: infatti ciascuno di essi non può al tempo istesso accettare e rinunciare la sua parte; e mentre che i suoi eredi, morendo lui, possono rinunciare ed accettare ognuno per la sua parte, egli è nell'obbligo di scegliere per il tutto. Difatti il dritto più divisibile che vi sia, si esercita sempre, in quanto appartiene ad unica persona per tutto o per una parte, come se fosse indivisibile (art. 1220 (1173)). Un dritto può o no dividersi, secondochè il suo oggetto sia o no divisibile (art. 1217 (1170)); or il nostro articolo dà la miglior prova della divisibilità dell'oggetto del dritto, e quindi del dritto stesso: così pure Pothier comincia le sue spiegazioni dal principio della divisibilità del dritto, tanto per la moglie che per gli eredi (n. 377).

È incontrastabile adunque che la legge supponendo la sopravvivenza del marito, solo perchè avverandosi più spesso la sua ipotesi colla premorienza della moglie anzi che colla sopravvivenza di questa, la quale poi venga a morire nel termine prima della scelta, la legge dico qui, come sempre, ha naturalmente parlato *de eo quod plerumque fit*.

III. — Il dritto accordato agli eredi della moglie spetterebbe altresì agli altri suoi successori generali, cioè a quelli irregolari, e ai suoi legatari universali o a titolo universale; che cosa risolvero se la moglie avesse lasciato un legatario di mobili ed uno di immobili, volendo accettare il primo, il secondo rinunciare? Pothier (n. 580) prevedendo un caso simile, e movendo dall'idea che avendo due successori un interesse contrario, non si dee prendere il partito secondo lo interesse speciale dell'uno o dell'altro, ma secondo l'interesse generale della successione, risponde doverli decidere dal magistrato il *quid utilius*, combattendo così la dottrina di Valin secondo la quale in tutti i casi i due successori potevan prendere quel partito che loro meglio convenisse. Oggi nulla è la-

sciato all'arbitrio dei magistrati, quindi non potrebbe più farsi l'esame del *quid utilius*, per cui la sola dottrina da applicare sarebbe quella di Valin.

IV. — Del resto è naturale che se uno o più dei successori della moglie rinunziano la comunione, e gli altri l'accettano, i diritti riserbatisi dalla moglie nel caso avesse rinunciato (il che potrebbe avvenire in una comunione convenzionale) e che ciascuno dei rinunzianti può esercitare per la sua porzione, sieno pagati non dagli eredi che accettano, ma dal marito. Così se la moglie ha stipulato che rinunciando potrebbe ritogliere 20.000 fr. da lei recati in dote maritandosi, ove uno dei suoi eredi rinunzi, i 10.000 fr. che gli appartengono, dovranno pagarglisi dal marito; il che è tanto certo che non sappiamo comprendere come Pothier (n. 579) l'abbia avuto per

dubbio.

Siccome la moglie ha dritto o di prendere la metà della comunione, ovvero i 20 mila fr. lasciando quella al marito, ciascuno dei suoi due eredi non ha altro dritto, che di prendere il quarto della comunione, ovvero 10.000 fr. lasciando quello al marito, il quale nella porzione di comunione lasciatagli dal rinunziente trova il prezzo della parte che quegli si è tolta. Se l'erede che accetta, ovvero questi e il marito insieme, devono pagare la porzione di ciò che si è portato in dote, certamente l'erede che accetta non avrebbe più il suo quarto di comunione, poichè da una mano lo prenderebbe e dall'altra ne pagherebbe il prezzo. Dunque solo il marito dee pagarla; così decideva Pothier, così stanziava il nostro articolo.

1476 (T). — Finalmente la divisione della comunione, per tutto ciò che riguarda le sue forme, gli incanti degli immobili, quando abbian luogo, gli effetti della di-

visione, la garentia che ne risulta, ed i vicendevoli compensi, è soggetta a tutte le regole stabilite nel titolo *Delle Successioni* per le divisioni fra coeredi.

I. — Alla divisione della comunione sono comuni le forme della divisione della successione. Essa dunque deve farsi giudizialmente, se tra i dividendi vi sieno minori, interdetti o assenti (art. 823 e seg. (742); essa dichiarerà puramente la proprietà, non l'attribuirà (883 (803)); e si applicheranno le regole sulla garentia, la rescissione, ecc. (884 e seg. 887 e seg. (804, 807) (1).

Ma non sono da applicarsi le varie regole a cui il nostro articolo non si riferisce; per es., la privilegiata disposizione dell'art. 841 (760), secondo il quale possono i coeredi escludere dalla divisione il cessionario dei diritti successori del coere-

de, dandogli il prezzo della cessione, non si applicherà alla cessione di uno dei coeredi della sua parte indivisa nella comunione; come nemmeno si permetterebbe ai creditori della comunione di chieder la separazione dei patrimoni, per analogia dell'art. 878 (798). In questi due casi non trattasi nè delle forme, nè degli effetti della divisione (2).

La divisione è qui, come nelle successioni, nelle società, e dovunque, dichiarativa solo di dritto, e fa riguardar colui a cui il sorteggio dà una cosa, come se fosse *ab initio* l'unico proprietario di essa. Ma dove collocar qui l'*initium*? Da quando il dividendo, per l'effetto retroattivo della

(1) V. rig., 8 ap. 1807; Parigi, 21 maggio 1813; Bourges, 29 maggio 1830. — V. anche Toullier (I. XII, n. 209; Merlin (*Rep.* alla par. *Dr. succ.*, n. 12); Zachariae (I. III, p. 49); Odier (I. I, n. 523); Paolo Pont e Rodière (I. I, n. 844); Troplong (I. III, n. 1681).

(2) Merlin (*Rep.*, alla parola *Dr. succ.*, n. 12); Toullier (XIII, n. 204-211); Zachariae (III, p. 497); Odier (I-523); Rodière e Paolo Pont (I 844); Metz,

17 maggio 1820; Bordeaux, 19 luglio 1826; Bourges, 12 luglio 1831 (Dev., 32, 2, 50). — Troplong (III-1681 e 1682) si uniforma al parer generale quanto all'art. 878 (798) ma non si decide quanto all'art. 841 (760). Par nondimeno ch'ei riconosca tal articolo non da applicarsi, visto il silenzio del Codice, e si dolga della non preveggenza del legislatore.

divisione, sarà stimato l'esclusivo proprietario? Si è scritto con piena sicurezza, doversi riputar tale dallo scioglimento della comunione. È questo un grave errore. La finzione dell'esclusiva proprietà del convivente risale al giorno in cui la cosa è entrata nella comunione. Per la retroattività delle divisioni si riguarda ciascuno di quelli che hanno avuto parte nella comunione, come se fosse stato proprietario esclusivo durante la comunione; o come nelle successioni i beni sono stati comuni e gli eredi comproprietari per la morte

del *de cuius*, così la comproprietà e l'indivisione ha principio nel giorno in cui la cosa è entrata nella comunione, e non allo scioglimento. « In conseguenza, diceva Pothier il marito è stimato di *avere acquistato per sé* tutte le cose comuni che gli spettano nel sorteggio... Parimente la moglie si reputa *avere acquistato* col mezzo del marito, per conto di lei, le cose toccatele in sorte, ed esserne stata la sola proprietaria *dal tempo degli acquisti* (n. 741) ».

1477 (T).— Quel coniuge che avrà sottratta o nascosta qualche cosa appartenente

alla comunione, sarà privato della sua porzione sulla cosa medesima.

I.— Il coniuge va soggetto a tal privazione, che è la pena del fatto, quando agisce con discernimento e non ostante la sua minore età. Questa disposizione, a differenza dell'altra che fa dell'occultamento un atto di accettazione, non assoggetta a tutti i debiti della comunione (1).

Poichè la legge non dà al coniuge la porzione dell'oggetto che gli spetta in proprietà, con più ragione si deve ritenere, come nell'antico dritto, che sarebbe anche privo del dritto datogli per liberalità dall'altro coniuge sull'altra porzione; la giurisprudenza e vari scrittori condannano la contraria dottrina di una decisione di Colmar (2).

Ammettevasi in principio che se l'oggetto distorto od occultato fosse stato poi conferito spontaneamente dal coniuge, la pena non sarebbe più il' applicarsi; così oggi la pensano, tranne Glandaz (n. 357), che abbraccia il contrario parere allegando una

decisione della Camera dei ricorsi. Che cosa dire su ciò?

Togliamo di mezzo in pria una tal decisione. Pria e dopo il Codice si è sempre conosciuto che il beneficio di cui trattasi si riferisce al solo coniuge che abbia spontaneamente conferito, e non già dopo scoperto l'occultamento; la decisione stabilisce appunto per il caso in cui si sia conferito dopo conosciuto il distorno. Il conferimento anteriore alla scoperta, e che deriva esclusivamente dal pentimento del coniuge, sarà riguardato sotto il Codice nè più nè meno di come lo era prima. *Inter personas conjunctas res non sunt amare tractandae*; il legislature col punire il distorno intende parlare di quello perfetto, consumato con definitiva appropriazione dell'oggetto, non di un atto a cui si è negato il volere del coniuge, e che altro non è stato che un principio di distorno (3).

(1) Lebrun (I, 3, cap. 2, sez. 2. dis. 2); Henusson (parte 2, cap. 2, n. 15); Ferrière (Parigi, articolo 237, gl. 2, n. 20).

(2) Colmar, 29 maggio 1823; Parigi, 25 giugno 1828; Rig., 6 ap. 1832; Bourges, 10 febb. 1840; Riom, 6 agosto 1810; Nancy, 10 dic. 1841; Parigi, 24 giug. 1813; Rig., 4 dic. 1844 (Dev., 32, 1, 526; 40, 2, 387, 501; 42, 2, 220; 43, 2, 831, 45, 1, 191); Pothier (n. 620); Benussou (parte 2, cap. 2, nn. 37 e seg.); Lamouignon (decis. III, 2. art. 90); Brodeau (sopra Louet *Lettera*, n. 48); Toulhier (XIII-214), Zachariae (III, p. 496); Glandaz (n. 359); Paul Pont e Rodière (I-812; Troplong (III-1692).

(3) Louet e Brodeau (*Lettera*, cap. 1); Lebrun (I, 3, cap. 2, sez. 2. dis. 2, n. 36); Pothier (n. 691); Merlin (*Rep.*, alla parola *Occultato*, n. 3); Dalloz (X, p. 257); Bellot (II, p. 235); Balth (I-702); Paul Pont e Rodière (I-841); Troplong (III-1695); Parigi, 5 ag. 1839 (Dev., 40, 2, 49); Ric., 24 nov. 1817 e 20 marzo 1855 (J. P., 1818, I, 1, p. 105; e 1856, I, 1, p. 503). Scusar allora quando la collazione è fatta o offerta dopo che si è scoperta la cosa occultata: gli stessi scrittori. Rig. di un ric. 10 dic. 1835; Parigi, 27 giug. 1816 (Devill., 36, 1, 327; 46, 2, 589).

3. Crediti scambievoli dei coniugi. — Tutto della moglie.

1478 (T). — Compita la divisione, se uno dei coniugi è creditore particolare dell'altro, come sarebbe nel caso che col prezzo della sua roba si fosse pagato il debito particolare dell'altro coniuge, o per qualunque altra causa, egli ha diritto di esigere il suo credito sulla porzione che è toccata a quest'ultimo sulla comunione, o sopra i di lui beni particolari.

1479 (T). — I crediti particolari, che i coniugi avesse fatte all'altro, si eseguono producendo interesse se non dal giorno della domanda giudiziale.

1480 (T). — Le donazioni che l'uno dei coniugi avesse fatte all'altro, si eseguono soltanto sulla parte che ha il donante nella comunione, e sopra i di lui beni particolari.

SOMMARIO

I. Poca importanza degli articoli, mal collocati per altro nella nostra sezione. Pensiero che li ha dettato.

II. L'art. 1479 (T) si applica ai crediti nati prima dello scioglimento. I crediti possono ripetersi allo scioglimento.

I. — Il principio di questi tre articoli e del seguente, che a torto sono stati posti nella nostra sezione della divisione della comunione, vien sempre applicato, sia che la moglie accetti o rinunzi, o che la comunione si divida, o resti intieramente al marito o ai suoi rappresentanti.

Dicono i nostri tre articoli, che pei dritti che il coniuge può esercitare sul suo coniuge (tra i quali son quelli che risultano dalla donazione) si può agire sul patrimonio di questo, e gl'interessi, se ne producano, corran dal giorno della domanda. Quando la moglie rinunzia, il patrimonio del marito abbraccia gli antichi beni propri e tutta la comunione (che diventa anche cosa sua propria), e la moglie può agire sull'intero; il patrimonio della moglie è dei beni a lei propri, e su questi il marito può esercitare i suoi dritti. Accettando la moglie, il patrimonio di ognuno dei coniugi (su cui chi di loro due è creditore o donatario può esercitare i suoi dritti) si costituisce dei beni suoi propri e della sua parte della comunione. Ma ove si accetta, la legge non vuole che si confondano i dritti di uno sull'altro coniuge con quelli sulla comunione, e che i primi non possano pari ai secondi produrre interessi senza dimanda nè esercitarsi per preca-

pienza sulla massa da dividere. Interessi non ne producono di pieno dritto, perchè qui il debito non è di beni che non hanno più amministratori, ma del coniuge contro cui è facile far la domanda: non vi ha dunque perchè allontanarsi dall'art. 1453 (1407); non possono esercitarsi per prelevamento sulla intera massa, bensì dopo la divisione sulla parte del coniuge, perchè, se questi agisse su tutti i beni, la metà sua si troverebbe anche compresa sulla cosa sua propria.

II. — Dall'ordine di tali disposizioni si scorge che l'art. 1479 (T) ha solo parlato dei crediti che un coniuge ha sull'altro allorchando si scioglie la comunione, non di quelli che possono sorgere dopo. Se un soprappiù si dà al coniuge nella divisione dei beni comuni, l'articolo 1479 (T) non si applicherà a tal soprappiù, ed il credito produrrà interessi di pieno dritto secondo l'art. 1652 (1498), perchè prezzo dell'alienazione fatta dal coniuge d'una cosa di cui l'altro raccoglie frutti. L'articolo 1479 (T) non è fatto per tutti i crediti che sorgono quando che siano, e non dice che il credito che sia contro il suo coniuge (o suoi rappresentanti) non produrrà mai interessi di pieno dritto; dice bensì che il beneficio unito ai crediti che esistono contro la co-

munione al tempo dello scioglimento non è legato a quelli che nel *punto dello scioglimento* esistono contro il coniuge personalmente.

D'altronde allo scioglimento sono esi-

1481 (1417).—Le spese del lutto della moglie sono a carico degli eredi del marito premorto.

La quantità di tali spese si regola se-

1. — Accetti la moglie o rinunzi, abiti essa col marito o ne sia separata di persona, sia ricca o povera l'eredità del marito, il lutto della moglie deve farsi su i beni di lui. Il danaro a tal uopo si pagherà dagli eredi; ed il lutto Bruno sarà secondo gli averi e la condizione dei coniugi più o meno elegante; e così potrà anche

gibili i debiti che due coniugi in comunione possono avere l'uno sull'altro, il che non potean fare durante la comunione. Così stabilisce l'art. 1478 (T); conforme era pure in ciò l'antico dritto (1).

condo le facoltà del marito.

Sono dovute anche alla moglie che rinunzi alla comunione.

estendersi ai domestici della vedova, qualunque ne sia il numero (2), o molto restringersi; in ogni modo è dovere il farsi, perchè la legge lo reputa convenienza pubblica.

Esamineremo nell'art. 2101 (1971) se il lutto debba far parte delle spese funebri, ed esser perciò privilegiato.

§ 2.—*Del passivo della comunione e della contribuzione al pagamento dei debiti.*

La legge nei dieci articoli di questo paragrafo ne mostra come debba sopportarsi il passivo della comunione. Bisogna qui, come nell'esaminato paragrafo, stabilire la composizione del passivo (art. 1409 e seg. (T)), distinguere due cose molto diverse: 1° ciò che ognuno dei coniugi deve sopportare rispetto ai creditori, cioè provvisoriamente e salvo il regresso contro il suo coniuge; 2° quel ch'ei deve sopportare definitivamente io faccia al coniuge. In altri

termini bisogna distinguere: 1° l'obbligazione di rispondere al procedimento dei creditori; 2° la definitiva contribuzione.

Il nostro paragrafo, la cui ultima disposizione (art. 1491 (T)) applica agli eredi dei coniugi quanto si è detto per questi, consacra alla *contribuzione* i due primi e gli ultimi due degli altri nove articoli (1482 e 1483, 1489 e 1490 (TTTT)). I cinque che restano (1484-1488 (TT)) sono relativi al *dritto di procedimento*.

1. Contribuzione ai debiti.

1482 (T). — I debiti della comunione si dividono per metà tra' coniugi o loro eredi; le spese per apposizione di sigilli, inventari, vendita di beni mobili, liquidazione, incanti e divisione, fanno parte di

questi debiti.

1483 (T).—La moglie non è tenuta ai debiti della comunione, sia riguardo al marito, sia riguardo a' creditori, se non per

(1) Pothier (n. 676, 677); Parigi, 10 frimario anno 13; Parigi, 1 agosto 1820; Bordeaux, 6 maggio 1818 (Dev., 49, 2, 609). — F. pure Zachariae (l. III, § 319); Paolo Pont e Rodiere (l. I, n. 732). Purc è stato deciso, a mitigare il principio, che la donna maritata in comunione, ma che ha fatto domanda di separazione di beni, ha dritto di esser graduata — anche pria si pronunzi la separazione — secondo

i crediti che ha contro il marito nella contribuzione aperta sul prezzo dei di costui beni, salvo il dritto degli altri creditori di domandar che la moglie dia la cauzione o versi nella cassa dei depositi, fino a che sia decisa la separazione e i dritti di lei sien liquidati. Besanzone, 20 nov. 1832 (Dev., 53, 2, 127).

(2) Pau, 27 maggio 1837 (Dev., 38, 2, 291).

la concorrente quantità dell'utile che ne ha ritratto, purché siavi stato un regolare e fedele inventario, e si renda ragione tanto di ciò che è compreso nello inventario stesso, quanto di ciò che l'è pervenuto dalla divisione.

1489 (T).—Quello dei due coniugi che viene molestato per la totalità d'un debito della comunione, in forza dell'ipoteca di cui era gravato l'immobile che gli toccò nella divisione, ha per diritto il regresso contro l'altro coniuge o i di lui eredi, per la metà

di tal debito.

1490 (T).—Le disposizioni precedenti non impediscono che, in forza della divisione, sia addossato all'uno o all'altro dei condividenti il peso di pagare una quota dei debiti oltre la metà, ed anche di soddisfarli interamente.

Ogniquale volta uno dei condividenti ha pagato debiti della comunione oltre la porzione per cui era tenuto, ha il regresso contro dell'altro.

SOMMARIO

I. Il passivo deve, secondo i casi, sostenersi o giusta la convenzione stabilita fra i coniugi, o in metà per ognuno, o dalla moglie in proporzione dei suoi vantaggi, e nel di più dal marito.

II. Con quali condizioni deve usar la moglie di

tal beneficio.

III. Quali cose comprende l'evolumento, e come si apprezzano. In che differenza il beneficio d'inventario della moglie da quello dell'erede. Censura d'una dottrina di Pothier esagerata da Duranton.

I.—Nella divisione della comunione son liberi i coniugi (o i loro rappresentanti) di stabilire, come crederanno, la porzione per cui ciascun di essi contribuirà al passivo. Se ad evitare la dannosa divisione d'un immobile, o per altro, convien loro metter da un lato, qual compenso d'una maggior parte di attivo, i due terzi, i tre quarti o anche l'intero di tutto il passivo, o del tale e tal debito che lo compongono, potranno ben farlo, ed ogni convenzione sarà tra loro efficace (art. 1490, § 1 (T)). Solo in mancanza di stipulazione potrà ricorrersi alla regola della legge, la quale richiede che ogni coniuge (o il suo rappresentante) contribuisca in metà (1482 (T)) salvo l'applicazione del beneficio particolare alla moglie.

Questa infatti (o dopo lei i suoi eredi) possono, alle condizioni che diremo, nel caso in cui la metà del passivo sorpassasse il valore di quanto ha preso nell'attivo, contribuire nei debiti fino alla concorrenza di esso, ricadendo il di più a peso del marito, o dei suoi rappresentanti.

La contribuzione è dunque dovuta: 1° per la quota imposta a ciascun coniuge nella convenzione; 2° da ciascuno per metà

MANCADÉ, vol. III, p. I.

in mancanza di convenzione; 3° se l'attivo preso dalla moglie valga meno di essa metà, adempiendo del resto le volute condizioni, per una somma uguale all'attivo dalla moglie, e per il di più dal marito.

Tale è, secondo i casi, il modo con cui ognuno dei coniugi deve definitivamente contribuire ai debiti della comunione, e quando un di essi, sia per l'ipoteca che gravava un immobile venutogli in sorte, o per l'applicazione delle regole relative al dritto di procedimento dei creditori, che saranno da noi spiegate, avrà pagato di più, si volgerà contro il suo coniuge o i suoi rappresentanti, non per la metà, come vogliono gli art. 1484 1486 e 1489 (TTT), ma per la porzione che eccede.

Il passivo della comunione è composto di tutto ciò che esso deve al tempo dello scioglimento, secondo le regole dell'articolo 1409 (T) e seg., ed anche per le spese di apposizione di suggelli, d'inventario, e di tutto che si fa dopo lo scioglimento per gli atti che preparano, seguono o compiono la divisione.

II.—Perché la moglie sostenga i debiti della comunione fino alla concorrenza del suo evolumento, bisogna: 1° che essa ab-

bia regolarmente fatto fare e confermato, nel termine ordinario di tre mesi, l'inventario della comunione; 2° che questo sia stato fedelmente eseguito, ed ella non abbia nè distorto nè accettato; 3° finalmente che essa renda conto e di beni compresi nell'inventario, e di quelli non compresi, o per involontaria dimenticanza, o a causa della loro natura immobile.

Rinviute tali condizioni, vi è beneficio per la moglie tanto in faccia al marito o suoi eredi, per contribuire ai debiti, come si è detto, ed anche rispetto ai creditori della comunione per l'obbligo di rispondere al loro procedimento; di ciò trattano gli articoli seguenti. La sola differenza che vi ha tra i due casi si è, che il beneficio può opporsi al marito per tutti i debiti a carico della comunione, senza distinzione alcuna, nel mentre ai creditori si può opporre per quelli per cui la moglie è obbligata come vivente in comunione e non personalmente. In mancanza di qualche condizione decade la moglie dal beneficio, tanto in faccia al marito o suoi rappresentanti, che in faccia ai creditori, e deve essa contribuire in metà ai debiti, quand'anche il suo emolumento fosse minore di essa metà.

Fa di bisogno adunque un inventario, ed in tre mesi. Vero che dall'art. 1483 (T) non si stabilisce il termine; ma siccome non può credersi che il legislatore abbia voluto autorizzar la moglie a farlo quando più le piacerebbe, bisogna credere che egli abbia voluto uniformarsi agli articoli 1456 (1421) ed agli altri simili, e che bisogna qui applicare il termine generale degli inventari, cioè tre mesi (articoli 795, 1456, 1461 (712, T, 1426)); del Codice di procedura, 174 (268), ecc. Tale è la giurisprudenza della Corte su-

prima (1).

La mancanza d'inventario fa decadere la moglie dal suo beneficio, sì quanto al marito e per la contribuzione, e quanto ai creditori e per la loro azione. Molti autori seguendo la dottrina di Pothier (n. 745) insegnano che l'inventario necessario in faccia ai creditori, non lo è in faccia al marito o suoi rappresentanti; e che la moglie qui decaduta dal suo beneficio riguardo al procedimento dei creditori, lo conserverebbe per la contribuzione (2). Ma la dottrina di Pothier è respinta dal nostro art. 1483 (T), il quale vuole sì faccia l'inventario e perchè esista il beneficio in faccia al marito e ai creditori. Se gli è giusto di uniformarsi alla dottrina di Pothier nei punti in cui il Codice tace, è altrimenti quando esso stabilisce una regola contraria; e qui il pensiero del legislatore sembra tanto men dubbio, quanto immediatamente alla regola di contribuzione in metà, e pria di entrare nelle disposizioni relative al diritto di agire dei creditori, vi sottopone il beneficio alla condizione dell'inventario. Anche in tal senso la Corte suprema ha deciso un tal punto, e Demante si spinge fin'anco a dire non essere questione (3).

Non si comprende come il tribunale della Senna abbia giudicato che la decadenza del beneficio sottoponga la moglie, non all'intero dei debiti, ma alla metà.

La moglie in principio è obbligata per la metà; il beneficio diminuisce la sua porzione; ma cessando questo è debitrice di essa metà, sorpassi pure la sua porzione di attivo; ma non è tenuta a dare di più (4).

III. — L'emolumento che nel caso del beneficio è la misura di ciò che la moglie deve contribuire, abbraccia quanto essa ha tolto dalla comunione o per la metà che le è venuta dopo la precapienza, o per au-

(1) Cass., 22 dic. 1829 (Sir., 30, I, 51); Rig., 7 febb. 1818; Branzione, 22 dic. 1855 (J. P., 1818, I, I, pag. 692; 1856, I, I, p. 485). Siccome Rodière e Paolo Pont (I, 1-850). — Giudicato che gli eredi della moglie, che hanno accettato la comunione, sono la mancanza d'inventario obbligati a pagare i debiti anche se maggiori del loro emolumento. — Lione, 16 febb. 1851 (J. P., 1856, I, I-p. 398).

(2) Toullier (III-250); Duranton (XIV-189); Zacha-

rius (III, p. 596); Paolo Pont e Rodière (I 862); Troplong (III-1750, 1751).

(3) Rig., sulla conforme decisione di Douai, 21 marzo 1828; Balthus (II, 803); Dailloz (X, p. 261, n. 9); Demante (Prog. III, 143).

(4) Decisione che annulla una sentenza dal tribunale della Senna, 1 ag. 1829. Rig., 21 dic. 1830 (Dev. 31, I, 152).

leparte presa pria della metà, o per le somme che dovrebbe alla comunione e sarebbero state anticipate sulla sua porzione, ma non il danaro o gli oggetti prelevati per pagare le indennità dovute dalla comunione, poichè questa sarebbe un'azione di ricupera di quel che le spetta, e non un vantaggio procuratole dalla comunione. Per istabilire il valore dei vari beni comuni che le son venuti, si stimano secondo il loro stato e valore nel giorno della divisione. La moglie infatti poteva da un lato liberarsi col pagar subito il valore dei beni, e per ciò deve ella sola profittare degli aumenti; d'altro lato e scambievolmente, i creditori della comunione, e il marito o i suoi rappresentanti, avevano il dritto di procedere; la diminuzione di valore che i beni han sofferto non deve entrare nel determinarsi il loro dritto. Se i creditori non si contentano dell'estimo dell'inventario, hanno il dritto di volerne altro.

Benchè il beneficio dell'inventario somigli a quello degli eredi in caso di successione, pure ne differisce non solo nella sua causa generatrice (quello dell'erede risulta da una dichiarazione alla cancelleria, e quello della moglie è di pieno dritto), ma anche nel suo effetto; il beneficio non vieta sì confondino i beni comuni con quelli propri della moglie. Tutti questi beni, contando dalla divisione, fanno un solo patrimonio, e da ciò provengono le due conseguenze: 1° che la moglie può alienare, quando le piace e senza formalità, anco gl'immobili, e non per ciò decade dal suo beneficio, mentre l'erede nol può (art. 805, 806 (723 M., 724 M.); 2° che se è tenuta a seconda del suo emolumento, ella può sempre essere perseguita su tutti i beni, e non può liberarsi con abbandonare in natura gli oggetti tratti dalla comunione.

Vero che anche su quest'ultimo punto abbiamo in contrario Pothier (n. 774), la cui dottrina fu adottata da Bellot (II, pagina 522) ed esagerata da Duranton (numero 489). Egli insegna poter la moglie

liberarsi sempre abbandonando le cose in natura; e Duranton si spinge a dire che essa il può non solo, ma lo deve, e che non potrebbe, ove i creditori si negassero, liberarsi pagando in danaro il valore di queste cose. — Ma, non ostante l'autorità di Pothier, dobbiamo confessare esser questo un grave errore ed una manifesta inconseguenza.... Nel caso di una successione, il beneficio dell'inventario ha per iscopo d'impedire la confusione dei beni del defunto con quelli dello erede (802) (719-2°), in guisachè i creditori posson rivolgersi non contro l'erede, ma contro il patrimonio del defunto, nè avrebbero più che pretendere se lor si dessero in pagamento i beni del patrimonio (802 (719-1°)). Qui invece, non ostante il beneficio, i beni comuni diventano proprietà della moglie e fanno con quelli di lei un sol patrimonio su cui essa è personalmente debitrice, in modochè (dice lo stesso Pothier) « può agirsi contro i beni propri della moglie, per quel che essa deve alla comunione; » il beneficio « non le toglie di essere obbligata sui beni propri » (numero 737).

Ma poichè il beneficio qui non consiste, rispetto alla moglie, nel non essere obbligata sui beni propri, ma nel dover la tal somma invece di altra maggiore, non può ella mettere i propri beni al covertto dalle azioni per la dovuta somma, abbandonando gli altri (1).

Se va errato Pothier, con più ragione dobbiam dire lo stesso di Duranton. Come potrebbero i creditori obbligar la moglie a lasciar loro i beni comuni in natura, mentre non potrebbero usar di tal diritto per i beni di sua successione in faccia all'erede beneficiato? Forse che gli uni e gli altri possono ripetere altro che lo ammontare dei loro crediti? L'articolo 1483 (T), come osserva Duranton, vuol che la moglie renda conto di quel che le è pervenuto; ma *render conto di una cosa*, non importa *render la cosa* in natura. Certo i

(1) Toullier (XIII-247); Zachariae (III, p. 303); Odier (I-557); Paolo Pont e Rodiere (I 85); Tro-

plong (III, n. 1739).

creditori non sono obbligati di attenersi ad un estimo a cui non sono stati chiamati, e che può esser minore del valore reale; bensì han dritto di esigere un nuovo estimo

a cui intervverranno, ma non possono appropriarsi dei beni che per nulla loro appartengono.

2. Dritto di agire dei creditori.

I.—Quanto alla contribuzione, e tra due coniugi, la stessa proporzione si applica a tutti i debiti. Vero che su ciò (anche indipendentemente dalle particolari convenzioni che possano intervenire) vi son due regole diverse; ma si applica soltanto l'una delle due, in ogni specie, a tutto intero il passivo: o la moglie non fa uso del beneficio dell'inventario, e allora i debiti li sopporta ognuno dei coniugi in metà; o ella ne fa uso, e tutti i debiti, senza alcuna distinzione, gravano sulla moglie fino alla concorrenza del suo emolumento, e sul marito pel di più. Ma non è lo stesso riguardo ai creditori; si possono ad essi

applicare quattro diverse regole, che formano quattro classi di debiti:

1° Per alcuni debiti si può agire in intero contro il marito, poi contro la moglie, o per la sua metà, o in ragione del suo emolumento, secondochè vi sia o no beneficio d'inventario; 2° per altri si può agire contro il marito in metà soltanto, e contro la moglie per l'intero; 3° per altri si può agire per l'intero contro il marito, per metà contro la moglie, siavi o no beneficio d'inventario; 4° finalmente per alcuni si può agire per l'intero contro il marito e contro la moglie. Ciò spiegheremo nei cinque articoli seguenti.

1484 (T). — Il marito è tenuto interamente a' debiti della comunione ch' egli ha

contratti, salvo il regresso per la metà contro la moglie o gli eredi di lei.

I.—Non solo per i debiti di comunione *contratti* dal marito si può agire dopo lo scioglimento contro di lui per l'intero; ma anche per quelli che derivano dai suoi *quasi-contratti*, delitti o quasi-delitti: il Codice colle parole « debiti di comunione contratti dal marito » intende tutti i debiti entrati nella comunione in nome del marito, in opposizione ai « debiti personali della moglie », secondo l'articolo 1485 (T), cioè « entrati nella comunione in nome della moglie », secondo l'art. 1486 (T).

Il marito, secondo chiaramente dice Pothier nel capitolo che è ristretto nei due articoli del nostro paragrafo, può costringersi a pagare tutti i suoi debiti anteriori al matrimonio, poichè egli non può perder la sua qualità di debitore personale in faccia ai creditori, nè per la comunione contratta, nè per lo scioglimento di essa.

Non così per i debiti che gravano le

successioni a lui pervenute durante il matrimonio, anche per quelle le cui attività, puramente mobiliari, sono state assorbite dalla comunione, poichè il marito, accettando, è divenuto debitore personale dei creditori delle successioni. Ciò ha pur luogo per i debiti da lui contratti durante il matrimonio, sia nel suo interesse personale sia nell'interesse della comunione, poichè il marito non obbliga mai la sua comunione senza obbligar sè stesso personalmente. Ciò in fine ha luogo per i debiti che risultano dai suoi delitti o quasi-delitti, poichè per questi egli con più ragione è personalmente obbligato.

Il marito adunque deve rispondere di tutti i debiti della comunione provenienti da lui, salvo il regresso contro la moglie, sia per metà, sia in ragione del di lei emolumento, secondo che essa usi o pur no del beneficio dell'inventario.

1485 (T). — Non è tenuto se non per la metà a' debiti particolari della moglie,

che sieno caduti a carico della comunione.

1486 (T). — La moglie può esser convenuta per la totalità de' debiti contratti

in suo nome, ed entrati nella comunione, salvo il regresso contro il marito o i di lui eredi, per la metà de' predetti debiti.

SOMMARIO

I. Ciascun coniuge può esser perseguito per tutti i suoi debiti (salvo il regresso) e per la metà di quelli dell'altro coniuge (salvo il beneficio della moglie).

II. Dispareri ed errori degli interpreti, specialmente di Toullier, Paolo Pont e Troplong in tutta questa materia.

I. — Così come i debiti comuni provenienti dal marito possono ripetersi per lo intero contro di lui, per le ragioni stesse quei che provengono dalla moglie possono ripetersi per l'intero contro di lei, salvo il suo regresso contro il marito o per la metà, se non vi è beneficio d'inventario, o pel soprappiù del suo emolumento nel caso contrario.

E mentre che la moglie deve rispondere qui per l'intero, il marito per gli stessi debiti deve in metà; perchè i debiti non essendo provenienti da lui, ma dalla moglie, non è stato mai obbligato come personale debitore, bensì per la comunione che esiste tra lui e quella; finita la comunione è restanda a lui la metà dell'attivo comune, è solo obbligato in metà pei debiti; ciò dice l'art. 1485 (T) seguendo la dottrina di Pothier. E poichè il marito indipendentemente da ogni obbligazione propria, e per la sua qualità di vivente in comunione, è tenuto verso i creditori per la metà dei debiti che provengono dalla moglie, per l'intero dei quali può agirsi contro di lei, questa è tenuta per la medesima ragione della metà dei debiti del marito, per l'intero dei quali può agirsi contro di lei. Tra i debiti entrati nella comunione per parte della moglie, trovansi certo quelli fatti da lei durante il matrimonio, o con autorizzazione del marito (art. 1426 (1397)), o colla giudiziale nei casi indicati dall'art. 1427 (1398). Questi debiti dunque, pari a quelli da essa contratti pria del matrimonio o che proverrebbero da successioni a lei pervenute, possono ripetersi per l'intero contro la mo-

glie, e per metà contro il marito, secondo i nostri due articoli, non già per l'intero contro il marito, e per metà contro la moglie.

II. — Tali idee, benchè sieno naturali, han sofferto controversia. Or mostreremo le principali inesattezze degli interpreti su tal punto.

Gli uni non facendo caso delle spiegazioni di Pothier, di cui i nostri testi sono il sunto, stabiliscono come fondamentale principio una idea affatto contraria a quella del Codice. Zachariae (III, pagina 498) comincia dal dire, che « il marito non ustante l'accettazione e la divisione della comunione, resta obbligata verso i creditori allo intero pagamento di tutti i debiti di cui era gravata la comunione, e che anzi ciò non vi è a distinguere tra i debiti contratti dal marito e quei dalla moglie »... È questo un fare a meno del testo sì chiaro dei tre articoli 1484-1486 (TT), il primo dei quali ammette si possa agire per l'intero contro il marito pei debiti da lui contratti, mentre secondo gli altri due si può agire per metà soltanto contro di lui, per l'intero contro la moglie pei debiti entrati nella comunione da parte di lei. E la volontà del legislatore è tanto men dubbia, quanto da una parte i testi sono la riproduzione delle idee sviluppate da Pothier (numeri 127-133), e dall'altra avendo il Tribunato chiesto che fossero modificati in modo da rendere il senso che loro dà Zachariae, la sua domanda fu respinta dal consiglio di Stato (Fenet XIII, pagina 614).

Molti scrittori, e specialmente Duranton (XIII, 493) e Rodière e Paolo Pont (1855),

non respingendo i nostri articoli, ma riconoscendo in principio la grande divisione del Codice in debiti del marito e in debiti della moglie, insegnano che quelli contratti da questa con autorizzazione del marito o del magistrato, nei casi indicati dall'art. 1427 (1398), debbano riguardarsi per rispetto ai creditori come contratti dal marito, e rientrare nell'articolo 1484 (T); così l'articolo 1486 (T) abbraccerebbe, fra i debiti della moglie, anche quelli da essa contratti pria del matrimonio o dipendenti da successioni o donazioni a lei pervenute. Ma tale idea, non contraria alla legge per la forma, è identica in fondo e si confuta nel modo istesso. Il Tribunato infatti avea chiesto che si sostituisse alla formola generale dell'art. 1486 (T) *di debiti contratti in nome della moglie*, quella restrittiva di *debiti contratti pria del matrimonio*, provenienti da successioni o donazioni; ma il consiglio di Stato respinse la domanda. Pothier dal suo lato spiegava che il procedimento contro la moglie per l'intero, è solo per la metà contro il marito, s'applica a tutti i debiti non contratti da lui stesso (numero 730), a tutti i debiti « che derivano dalla moglie, cioè a quelli che essa ha contratto avanti o dopo il matrimonio (731) » (1). Duvergier (sopra Toullier XIII, 241 nota a) trova dubbio che la moglie che ha pagato l'intero dei debiti venuti dalla comunione per parte sua, possa col beneficio dello inventario ricorrere contro il marito per quelli che sorpassino il suo emolumento, in conseguenza per più di metà, perchè, dice egli, l'art. 1486 (T) le accorda il regresso per la metà dei debiti suddetti. Ciò vale trovar difficoltà dove non ve ne sono. Il nostro art. 1486 (T) per la moglie, e l'art. 1484 (T) pel marito, e l'art. 1489 (T) per entrambi fan menzione del regresso per metà; ma chi non comprende che qui la legge parla, come sempre *de eo quod plerumque fit*? Una comunione che ha più debiti che beni, sarà

ben di raro accettata dalla moglie. Il beneficio d'inventario, ove si accetti una comunione insolubile, sarà caso raro; quindi il legislatore ben a ragione non ha curato di applicarlo ad ogni caso particolare che egli rassegna. L'obbiezione ben si comprenderebbe, se il solo nostro articolo parlasse del regresso per metà, e gli altri determinassero l'effetto del beneficio d'inventario: si domanderebbe allora, se non vi sia in tal caso alcun che di particolare che trae una eccezione al principio; ma quando la legge usa *dovunque* lo stesso linguaggio, l'obbiezione non più si comprende, perchè essa farebbe dire che il beneficio dell'inventario di cui la legge stabilisce il principio, non sarà applicato in nessuna parte. Tutte le volte dunque (come dice l'articolo 1490, § 2 (T)), che uno dei condividenti, poco importa chi, esercita il suo regresso contro l'altro che ha pagato molto, il regresso si fa appunto per questo cioè (supponendo un debito pagato per intero) in metà nei casi ordinarli, ma nel nostro particolare per meno di metà (se il regresso è del marito) o per più (se della moglie).

Si discusse anche dagli scrittori se in caso di debiti provenienti dalla moglie, potrebbe il creditore, se i beni di questa fossero insufficienti a pagarne una metà, costringere il marito a dare oltre la metà che ei deve, il compimento di quella che la moglie non può pagare (2).

Or la quistione in apparenza tanto difficile non può far sorgere alcun dubbio a chi ben riguarda le vere ragioni di decidere; e la difficoltà non nasce qui dalla materia, bensì dalle non buone spiegazioni; Toullier dava all'affermativa soluzione (che è esatta) un motivo falso; rigettato questo, si rigettò del pari la decisione, la quale dovea mantenersi per altro motivo.

Egli infatti porge per unica ragione (e gli altri scrittori che presentano la stessa dottrina non ne danno alcuna) che se l'ar-

(1) Vedi Rig., 23 luglio 1837; Dev., 51, 753.

(2) Aff. Pothier (n. 730); Toullier (XIII, 241); Bugnet (sopra Pothier, VII, p. 369); Glandaz (numero 372); Neg. Battur (II, 799); Zachariae (III,

p. 499); Odier (I, 539); Paolo Pont e Rodière (I, 857); Duvergier (sopra Toullier, loc. cit.); Troplong (III, 1782).

articolo 1485 (T) dichiara il marito obbligato in metà, deve esso armonizzare con l'articolo 1483 (T), che nel permettere (secondo lui) alla moglie di *rispondere al procedimento del creditore a seconda del suo emolumento*, autorizza con ciò quello a perseguire il marito per tutto il di più di tale emolumento, in forma che l'art. 1485 (T), parlando di metà, si riferisce ai casi ordinarli e non al particolare del beneficio di inventario. Tal logica è falsa, dappoichè il beneficio di agire a seconda l'emolumento spetta alla moglie per i debiti a cui è obbligata nella sua sola qualità di vivente in comunione, e di cui i creditori non potrebbero, fuori il beneficio dell'inventario, chiederle che la metà, nel mentre qui trattasi di debiti personali alla moglie, e per quali il creditore può agire per l'intero (art. 1486 (T)). — Zachariae, Paolo Pont ed altri scrittori da noi citati nella nota, han ben risposto (eccettuato Troplong che tratta la questione in modo assai laconico). Ma dovrebbe dirsi falsa la soluzione data da Pothier, perchè è falsissima la ragione immaginata da Toullier per spiegarla? No certo; chè anzi essa è esattissima. Prendiamo, come Toullier, l'ipotesi d'un debito di 20.000 fr. che forma tutto il passivo della comunione, il cui attivo è di 12.000 fr., in modo che la moglie ne abbia ricevuto 6.000, senza nulla posseder di proprio. Se il creditore, il quale può ripeter l'intero dalla moglie, conoscendo la di lei posizione abbia cominciato dal ripeterne i 10.000 fr. dovuti dal marito per la sua metà, e poi domandi dalla moglie gli altri 10 mila; questa non può, come vuole Toullier, invocar contro il creditore il beneficio dell'inventario, per sostenere che si possa ammettere l'azione fino alla concorrenza di 6 mila fr., ma se nol può invocar *contro il creditore*, lo potrà *contro il marito*, poichè tal beneficio che si può opporre al creditore soltanto per i debiti che non si devono personalmente dalla moglie, può opporsi al marito per tutti i debiti della comunione, senza distinguere: essa dunque può invocare il suo beneficio contro il ma-

rito, e richieder che la liberi dai procedimenti, pagando i 4.000 fr. che eccedono il suo emolumento. Or poichè la moglie ha un tal diritto, il suo creditore può dunque esercitarlo secondo l'art. 1166 (1119)?.. Niente più semplice di questo; poichè se il creditore, giusta l'articolo 1485 (T), non può ripeter dal marito più della metà, agendo personalmente e *proprio jure*; secondo l'art. 1166 (1119) agendo *jure debitoris*, ed in nome della moglie, egli può domandar tutta la differenza fra la metà e l'emolumento della moglie, come lo potrebbe ella stessa... Come comprendere infatti che un marito possa trovare nell'insolvenza della moglie il vantaggio di non pagar quel che doveva se la moglie fosse stata più ricca?... In breve bisogna riconoscere che l'articolo 1485 (T) non può soffrire eccezione; ma bisogna puramente ritenere che esso non deroga al principio dell'articolo 1166 (1119); e non sappiamo comprendere come nè Paolo Pont, nè Odier, nè Troplong abbiano ciò compreso.

Oltre la distinzione fatta dalla legge fra i debiti entrati nella comunione per conto del marito e quelli entrativi per conto della moglie, bisognerebbe, secondo alcuni, distinguere i debiti comuni *definitivamente* ed i comuni *accidentalmente*. I debiti definitivamente comuni sarebbero quelli per i quali il creditore ha fatto assegnamento sulla comunione o che hanno profitto a questa, e quelli per i quali si potrebbe agire, conforme ai nostri articoli, per l'intero contro il coniuge da cui provengono, contro l'altro in metà (o a seconda del suo emolumento se è la moglie); gli altri debiti comuni lo sarebbero finchè dura la comunione, e non più per rispetto al creditore, sciolta che ella è; il procedimento sarebbe contro il coniuge da cui provengono, e nulla potrebbe chiedersi dal suo coniuge. Fra questi debiti sono quelli fatti dall'uno o dall'altro coniuge pria del matrimonio, e soprattutto se sono relativi agli immobili propri, quelli dipendenti da successioni o donazioni immobiliari devoluti

al marito e quelli che derivano da un delitto di costui (1).

Tal sistema, di cui non si trova parola nè nei testi, nè nei lavori preparatori, nè nelle spiegazioni di Pothier, è proprio divinatorio. Possono presentarsi sotto il lato legislativo argomenti più o men gravi (che non crediamo concludenti), ma secondo il dritto e dovendosi indagare cosa sia la legge e non quello che potrebbe essere, un tal sistema non può sostenersi. Tutti i debiti entrati nella comunione sono pei nostri articoli comuni nello stesso grado, e per tutti si può procedere contro il coniuge da cui provengono per lo intero, contro l'altro in metà. In tal modo l'articolo 1485 (T) che usa la qualificazione la più ristrettiva, debiti *personali alla moglie*, vuole che per essi, appena entrati nella comunione, si possa agire in metà contro il marito. Gli è così che Pothier dice pagabili dal marito in metà tutti i debiti fatti dalla moglie pria del matrimonio (n. 730), e da pagarsi dalla moglie per metà o secondo il suo emolumento tutti quei contratti dal marito pria del matrimonio (numeri 727, 730).

Porrem fine con una osservazione relativa ad altra distinzione, la quale se non costituisce un errore, è pur inutile e nociva. Demante (III, 142); Mourlon (p. 1074); Zachariae (III, p. 505); Paolo Pont e Rodière (I, 860) nel dire che ogni coniuge debba contribuire in metà ai debiti comuni, e che quegli che ha pagato l'intero ha il regresso contro il coniuge, ci insegnano che tal regola benchè formolata in modo assoluto dagli art. 1482, 1484, 1486, 1489, 1490, § 2° (TTTTT) ha pure una eccezione. Bisogna, essi dicono, distinguere se il debito era entrato nella comunione con o senza peso di compenso:

nel primo caso ha luogo il regresso; ma nel secondo vi ha eccezione agli articoli citati, ed il coniuge debitore che paga lo intero, non ha nulla a pretendere dal suo coniuge. Tali idee, benchè vere in fondo, son false per la forma che si dà loro, nè qui posson fare altro che intrigare la nostra materia. Senza fallo, se da parte del coniuge un debito di 10,000 fr. era entrato nella comunione col peso di compenso, il marito, per esempio, che paga dopo lo scioglimento e la divisione tal somma ai creditori, non può chiedere alla moglie 5,000 fr. che ella deve contribuire nel debito (dovendole egli 5,000 fr. che sono la parte di lei nel compenso dovuto alla comunione). Ma è questa una derogazione alla suddetta regola? No; delle due cose l'una: o si ammette che nella divisione dell' attivo il marito ha conferito fittiziamente i 10,000 fr. dovuti per compenso, con l'obbligo impostogli di prendere per se il debito della comunione; ed allora il debito non facendo più parte del passivo della comunione, è inutile il parlarne nel regolare la contribuzione dei coniugi al passivo. O si dirà che il debito si è lasciato dai coniugi nel passivo comune, rimanendo sempre il marito debitore del compenso, e allora questi col soddisfare il debito, diventa creditore contro la moglie di 5,000 fr.; ma essendo anteriormente debitore dell' ugual somma per la metà del compenso dovuto, il di lui credito trovasi pagato, ed il regresso soddisfatto col compenso; così vi è sempre contribuzione in metà. Era vano dunque l'intrigare la nostra materia con la distinzione di debiti da compenso e quelli senza, per notare una pretesa eccezione ad un principio che non ne soffre. Nelle spiegazioni di Pothier non se ne fa parola.

1487 (T). — La moglie ancorchè obbligata personalmente per un debito della co-

(1) Questo sistema non è stato abbracciato nè dagli scrittori, nè dalle decisioni (eccezione dal solo Glandaz che lo segue nel num. 361); pure ha esso un posto importante nell'insegnamento. Ciò vedesi in tutti i libri scritti esclusivamente per le scuole. Demante (III, *Quint.* nel n. 142), Mazeral

(III, p. 35, 36); Boileux (III, p. 109); Mourlon (p. 73, 74); quest'ultimo fa l'analisi perfetta degli argomenti pro e contra tal quistione, tratti tutti dal lato legislativo non dal lato giuridico, sotto il quale non è quistione.

munione, non può esser convenuto se non per la metà di tal debito, purchè l'obbligazione non sia solidale.

gazione non sia solidale.

I.—Se la moglie si è obbligata congiuntamente col marito, soggiettandosi personalmente al debito ad un tempo che lui, questi, diffornemente da ciò che d'ordinario ha luogo nelle obbligazioni congiunte (in cui ciascuno deve la sua parte), resta obbligato per l'intero, non ammettendosi che le parti abbian fatto intervenire la moglie per menomare l'obbligazione del marito, ma anzi per accrescer le garanzie del creditore (Pothier, n. 729).

La moglie però sta sotto i principi ordinari dell'obbligazione contratta congiuntamente, e potrebbe risponder solo della sua metà; ma siccome qui essa non è obbligata semplicemente in conseguenza dell'obbligazione del marito e della sua qualità di vivente in comunione, ma anche personalmente, in modochè sarebbe sempre obbligata, quand'anche rinunziasse, in tal caso per essa non potrebbe applicarsi il beneficio della inventario, il quale ha luogo per i debiti a cui essa è tenuta accettando la comunione. Essa dunque deve risponder di metà, fosse anche minore il suo emolumento nella comunione.

Se i coniugi, anzichè obbligarsi congiuntamente, si sieno obbligati in solido, ciascun d'essi risponderà per l'intero.

Così per presentare un quadro completo del dritto dei creditori per i debiti comuni, e del regresso del coniuge che ha pagato

più della sua parte, diciamo:

1° I debiti della comunione che provengono dal marito si ripetono contro il marito per l'intero, contro la moglie per metà o in ragione del suo emolumento, salvo il regresso del marito, sia per meno di metà, e in ragione dell'emolumento (art. 1484 (T));

2° Quelli che provengono dalla moglie si ripetono contro il marito per metà, contro la moglie per l'intero, salvo il regresso di questa, sia per metà, sia per il dippiù della metà che eccede il suo emolumento (art. 1485, 1486 (TT));

3° Quelli contratti congiuntamente dai due coniugi si ripetono contro il marito per l'intero, per metà contro la moglie, senza distinguere, salvo il regresso, sia del marito contro la moglie, per metà o per meno in ragion dell'emolumento, sia di questa contro quello, per la differenza tra il suo emolumento e la metà (articolo 1487 (T));

4° Infine, i debiti contratti in solido ed anche quelli che, dovendosi da uno dei coniugi per intero gravano ipotecariamente su immobile toccato nella porzione dello altro, si ripetono contro ciascuno per lo intero, salvo il regresso, sia del marito per metà o meno in ragion dell'emolumento della moglie, sia di questa per metà o più per il sopravanzo del suo emolumento (*ibid.* ed art. 1489 (T)).

1488 (T). — La moglie che ha pagato un debito della comunione oltre la sua metà, non può ripetere il soprappiù dal cre-

ditore, purchè la quietanza non esprima che ciò che ha pagato era per la sua metà.

I.—Se la moglie la quale deve metà di un debito della comunione ha pagato dippiù al creditore, avuto riguardo alla sua posizione, si presume averlo fatto scientemente per liberare il marito e sè stessa, nè potrebbe essa quindi in modo alcuno rivolgersi contro il creditore. Non cosise si dica nella quietanza pagarsi la somma per la metà

dovuta dalla moglie, poichè allora si prova materialmente l'errore di calcolo.

Del resto, quantunque il Codice seguendo Pothier parli poi solo della moglie, la regola si applicherà con più ragione a quella che dovendo una parte proporzionale al suo emolumento, ha pagato dippiù.

N. B. — Gli articoli 1489, 1490 (TT), coli 1482, 1483 (TT). sono stati spiegati più sopra cogli arti-

3. Osservazione generale.

1491 (T). — Tutto ciò ch'è stato dichiarato superiormente riguardo al marito ed alla moglie, ha luogo pure riguardo agli eredi dell'uno o dell'altra; e questi eredi

esercitano gli stessi diritti, e sono sottoposti alle stesse azioni cui erano soggetti i coniugi che rappresentano.

SEZIONE VI.

DELLA RINUNZIA DELLA COMUNIONE E DE' SUOI EFFETTI.

Quantunque questa sezione porti per titolo della *Rinunzia e dei suoi effetti*, indicando con ciò due oggetti, essa ne contiene un solo. Il Codice trattò più sopra, nella

sezione IV (art. 1453 (1448) e seg.) della *rinunzia e delle condizioni che le son relative*; e qui parla solo degli *effetti* di essa rinunzia.

1492 (T). — La moglie che rinuncia, perde qualunque sorta di ragione sopra i beni della comunione, come pure sopra gli effetti mobiliari che sono in essa pervenuti

per sua parte. Essa ricupera soltanto la biancheria e quanto è necessario per il suo ordinario abbigliamento.

I. — La moglie rinunziando perde qualunque dritto sopra i beni comuni. Essa perde questo diritto, poichè l'aveva; essa era in comunione e comproprietaria dei beni, e rinunziando non lo è più. Altrove abbiamo confutato (specialmente, art. 1399 (1353M)-V), la contraria dottrina di Toullier, il quale nega che esista la comunione durante il matrimonio, facendola cominciare appunto quando finisce.

Sebbene la moglie che rinunzia perde ogni dritto sui beni della comunione, a cui diventa estranea, sieno essi stati arrecati da lei o provengano dal marito o siano stati acquistati durante la società, ragione di unanimità e di pubblico decoro ha voluto che ella ciò non ostante seco recasse la biancheria e quanto è necessario per il suo abbigliamento; *non debet enim abire nuda*. Ma ella dovrà prendere le sole biancherie e tutto ciò che serve a lei personalmente, non già le catene, i dia-

manti ed altre galanterie, nè ricchi merletti, nè la biancheria da letto e da tavola. Un tempo ella in generale poteva prender solo una vesta ed altre piccole cose per vestirsi pienamente, ma secondo alcune Consuetudini non doveva essere il migliore nè il peggiore abbigliamento; secondo altre poteva essere il più bello; altre più benigne consentivano che essa prendesse una delle migliori vesti ed una mezzana, sì per l'inverno che per l'estate, quattro vesti in tutto (Pothier, n. 569). Da coteste antiche regole ben si spiega il nostro articolo. Il Codice, più largo delle Consuetudini, consente che la moglie si prenda tutte le vesti e la biancheria di suo uso personale, ma non più che tanto.

Del resto cotale dritto è della moglie che rinunzia, tanto se la comunione si scioglie colla separazione di persona o di beni, quanto se con la morte del marito: in ambi i casi *non debet abire nuda*.

1493 (T). — La moglie che rinuncia, ha diritto di ricuperare:

1° Gli immobili ad essa spettanti, se esi-

stono in natura, o l'immobile acquistato in suo luogo;

2° Il prezzo dei suoi immobili alienati,

di cui non è stato fatto ed accettato il rivestimento, come è stato dichiarato di sopra;

3° Tutte le infennizzazioni che le possono essere dovute dalla comunione.

1. — La moglie rinunciando perde ogni dritto sopra i beni comuni; bensì conserva i beni e i crediti che le son propri, e non fan parte della comunione. Pertanto ella, ove rinunzi, reca con sè ciò che prelevrebbe dalla massa, accettando giusta lo articolo 1470 (T), cioè gli oggetti delle due prime classi indicate dal testo, i suoi immobili propri) che esistono in natura, ed il prezzo non divenuto comune degli immobili propri alienati.

Non così se ella abbia crediti contro la comunione; nel caso dell'accettazione la moglie non è più una comproprietaria che esercita i suoi dritti sopra una massa da dividersi fra lei e il marito; per la sua rinunzia non vi è più comunione, nè dividendi, ma da una mano un marito esclusivo proprietario di beni già comuni, e dall'altra una moglie semplice creditrice non della comunione (che più non esiste)

1494 (T). — La moglie, rinunciando, è libera da qualunque contribuzione per i debiti della comunione, tanto a riguardo del marito, quanto dei creditori. Nondimeno essa è tenuta verso di essi, quando

I. — La moglie, rimanendo estranea per la sua rinunzia alla comunione, non è più in faccia al marito obbligata di contribuire ai debiti che sono a peso della comunione; dovendo solo il marito sostenere il passivo siccome solo prende l'attivo. Ma in faccia ai creditori bisogna distinguere (come nella precedente sezione pel beneficio dell'inventario) tra i debiti pei quali può agirsi dalla moglie come debitrice per-

1495 (T). — Essa può valersi di tutte le azioni e dritti di ricupera superiormente specificati, tanto sopra i beni della comunione, che sopra i beni particolari del marito.

ma del marito; quindi la moglie non potrà soddisfarsi appropriandosi i beni in natura, nè i suoi crediti produrranno interessi di pieno dritto (art. 1432 e 1479 (1403, T)). Non può dunque ammettersi la contraria dottrina di Zachariae che per altro si contraddice egli stesso spiegando l'art. 1314 (T) (III, p. 335 num. 13 e p. 547 numero 10); il luogo degli articoli 1460, 1473 (TT) e il loro contesto, e massime il determinarsi qui cogli articoli 1493, 1495 (TT) per la moglie che rinunzia, le ricupere regolate da altri articoli per la moglie che accetta, tutte queste cose condannano apertamente ciò che dice Zachariae, di comprendersi negli articoli 1470, 1473 (TT) anche il caso della rinunzia.

Quindi se la moglie riceve in tal caso immobili in pagamento, vi sarà trasferimento di proprietà dal marito alla moglie per cui si dà luogo al dritto di mutazione (1).

siasi obbligata unitamente al marito, quando il debito caduto a carico della comunione, fosse in origine a lei particolare, e tutto ciò salvo il regresso contro il marito o di lui eredi.

sonale, e quelli pei quali potrebbe agirsi contro di lei come vivente in comunione: per questi non può darsi luogo ad azione, poichè la moglie non è in comunione; pei primi, cioè per quelli entrati nella comunione in nome di lei e pei quali essa si è personalmente obbligata (art. 1486, 1487 (TT)), si può agire sempre contro di lei, salvo regresso contro il marito per lo intero.

Lo stesso possono fare i suoi eredi, ad eccezione di ciò che concerne la previa ricupera della biancheria e di quanto è necessario all'ordinario abbigliamento della moglie, come pure di ciò che riguarda la

(1) Ricard (Parigi, art. 5); Duplessis (*Cession*, lib. 1, sez. 1); Pothier (*Fiefs*, parte 1, § 3); Nan-

cy, 20 maggio 1828; Cass., 22 nov. 1837; Cass., 28 agosto 1838 (Dev., 38, 1, 115 e 80).

abitazione e mantenimento durante il termine accordato per fare l'inventario o per

deliberare; i quali diritti sono meramente personali alla moglie superstite.

I.—La moglie può agire indistintamente e sui beni del marito che erano a lui propri durante la comunione, e su quelli comuni, perchè oramai tutti appartengono al marito. Nel caso di rinunzia, come di accettazione, gli eredi della moglie hanno i medesimi dritti di lei, eccettuati i due benefici indicati dagli articoli 1492 e 1465 (TT) riservati rigorosamente alla sola moglie. Ma vi ha questa differenza fra i due benefici, che gli eredi non possono profittare di quello che riguarda l'abitazione e gli alimenti durante il termine conceduto per far l'inventario e deliberare, e possono alle volte profittare dell'altro relativo alla biancheria ed altre robe; il che ha luogo morendo la moglie dopo fattone lo esperimento. Se la moglie pria di morire ha non solo rinunziato, ma ripresi i mobili a cui le dava dritto la rinunzia, questi divenuti proprietà sua fan parte della sua eredità, e trasmettonsi agli eredi, tanto se muore la domani di quando li ritolse,

che se muore più in là. Ma se in quel mezzo morisse, gli eredi non potrebbero pretenderli, secondo noi, benchè altri si sia attenuto a contraria sentenza. Lo spirito della legge ed il testo vi si oppongono. Certo che la moglie trasmette ai suoi eredi la proprietà degli oggetti prelevati e rimessi da lei nel suo patrimonio; ma non può trasmetter loro il dritto di prelevare, che secondo il nostro articolo è a lei personale. Infatti si accorda alla moglie il dritto, o piuttosto il favore, di togliere oggetti appartenuti in principio al marito, perchè *non debet abire nuda*; come adunque entrerebbe il beneficio quando essa muore *priusquam abeat*?

Se l'espressione di moglie *sopravvivente* usata dal nostro articolo, è esatta pel beneficio dell'articolo 1465 (T) riguardante la vedova, non lo è per l'articolo 1492 (T) che riguarda ogni moglie che rinunzia, sopravviva o no.

DISPOSIZIONE

RELATIVA ALLA COMUNIONE LEGALE, QUANDO UNO DEI CONIUGI O ENTRAMBI HAN FIGLI DI PRECEDENTI MATRIMONII.

1496 (T).—Quanto è stato superiormente stabilito dovrà osservarsi anche nel caso in cui uno de' coniugi od ambedue avranno figli di precedente matrimonio.

Se però la confusione del mobiliare e dei debiti producesse, a favore d'uno dei

coniugi, un vantaggio superiore a quello che resta autorizzato dall'art. 1098 (1052 M) al titolo delle *Donazioni tra vivi e dei Testamenti*, i figli del primo matrimonio dell'altro coniuge potranno agire per la riduzione.

SOMMARIO

- I. I vantaggi che un coniuge procura all'altro adottando la comunione, si reputano liberalità e si debbono ridurre alla quota disponibile, quando egli lasci figli di precedente matrimonio.
- II. Non importa se i coniugi abbiano o pur no fatto un contratto; nè se i vantaggi provengano da beni di eredità pervenute durante il matrimonio: errore di Toulhier.

- Ma non si tien ragione dei benefici fatti sulle industrie o le rendite dei coniugi.
- III. Si potrà dar luogo a riduzione solo alla morte del coniuge, e sull'istanza dei figli che agiscono quali eredi. La riduzione avvantaggia pure i figli nati dal matrimonio; ma essi, e molto meno il coniuge, non la possono far dichiarare.

I.—Adottandosi la comunione legale, uno dei coniugi può avere in danno dell'altro

notevoli vantaggi. Poniamo che i loro averi ammontino a circa 80.000 fr., ma che i beni dell'uno sian tutti immobiliari, mentre quelli dell'altro si compungono di capitali e di rendite, cioè di valori puramente mobiliari. Questo secondo patrimonio entrando solo e per intero nella comunione, la metà sarà acquistata dal primo coniuge, cioè 40.000 fr. in detrimento del secondo; i due coniugi adunque invece di avere 80.000 fr. per ciascuno, come in pria, avranno, dopo il matrimonio, l'uno 40, l'altro 120 mila fr. E sarebbe maggiore lo arricchirsi dell'uno con impoverirsi dell'altro, se il primo avesse debiti mobiliari.

Se invece di 80.000 fr. di beni senza debiti, ve ne siano 110.000 con 30.000 fr. di debiti mobiliari, componendosi allora la comunione degli 80.000 fr. d'attivo dell'uno e dei 30.000 fr. di passivo dell'altro (cioè che la riduce ad un attivo netto di 40.000), il primo coniuge invece di aver come pria 80.000 fr. di netto, avrà da un lato i suoi 110.000 fr. d'immobili, e la sua metà di 25.000 nella comunione; in tutto 135.000 fr., nel mentre il secondo vedrà ridotto il suo avere a 25 mila. Uno dei coniugi adunque ha arricchito l'altro di 55.000 fr.

Vedendo possibili tali risultati, era incerto se si dovessero tenere questi vantaggi quali liberalità da ridursi alla quota disponibile, ed attaccabili per il doppio dagli eredi riserlatari o quali convenzioni tra soci che abbiano il carattere di atti onerosi; e si è risolta la questione con una distinzione. La convenzione è riguardata come atto a titolo oneroso come una delle clausole dell'associazione e che non costituisce donazione. Tal regola si applica, non solo quando gli eredi legittimari del coniuge che ha procurato il vantaggio sono ascendenti, ma anche se figli nati dal matrimonio, dappoichè se la qualità di legittimari è degna del maggior favore, i figli comuni ai due coniugi trovano nel matrimonio dell'uno, a cui son pure chiamati, quel che perdono nell'eredità dell'altro.

Ma quando il coniuge che ha procurato il vantaggio lascia figli di un primo matrimonio, siccome questi non han diritto alcuno all'eredità del coniuge avvantaggiato, e la legge vede di mal'occhio il secondo matrimonio di un individuo che ha figli, si permette dal nostro articolo ai figli del primo matrimonio di riguardare come donazione la convenzione, espressa o tacita, d'onde risulta il vantaggio, e ridurre questo, se occorra, alla quota disponibile stabilita nel titolo delle Donazioni, in modo che il vantaggio non sorpassi nè da un lato il quarto dei beni lasciati dal coniuge, nè dall'altro la parte eguale a quella del figlio che prende il meno (art. 1098, n. II (1052 M)).

II.—Il vantaggio può esser ridotto tanto se la convenzione matrimoniale da cui proviene è *tacita*, che se espressa. Quando la comunione legale risulta tacitamente dal fatto che i coniugi si siano maritati senza contratto, si hanno le stesse conseguenze, e si dà luogo alla riduzione come quando risulta da un contratto in cui i coniugi abbracciano la comunione. Certo che il vantaggio deve esser ridotto, sì quando deriva da eredità pervenute durante il matrimonio, che se conseguenza della fusione dei beni e debiti esistenti il giorno del matrimonio. Ciò è evidente in faccia allo spirito della legge, poichè i figli sarebbero lesi in un caso, come nell'altro; in faccia al testo, perchè il nostro articolo ammette l'azione di riduzione, quando la confusione del mobile e dei debiti reca un vantaggio maggiore a quello indicato dall'art. 1098 (1052 M). A ragione adunque la contraria dottrina di Toullier è respinta dagli scrittori e particolarmente dal suo chiosatore Duvergier (1).

Del resto per determinare se vi sia o no vantaggio eccessivo, non si deve tener ragione de' benefici che risultano dall'industria dei coniugi e dalle economie fatte sulle loro rendite; soltanto i capitali debbonsi considerare. Ciò è stato sempre costante nello antico diritto (2), ed il Codice lo esprime formalmente nell'articolo 1521 (T) ripro-

(1) Toullier (II-290); Odier (I-592); Paolo Pont e Rodière (II-358); Duvergier (sopra Toullier).

(2) Ricard (3ª parte, cap. 2, gl. 2, n. 1211); Potbier (n. 532).

ducendo per la comunione convenzionale la regola del nostro articolo per la comunione legale.

III. — I vantaggi che oltrepassano la misura stabilita dell'art. 1098 (1052 M) non sono, per il dritto, nulli di pieno dritto; possono bensì esser ridotti alla morte del coniuge che li ha procurati, sulla domanda dei figli di un precedente matrimonio, che agiscono quali eredi legittimari. Da ciò segue, da un canto, che nel caso di uno scioglimento di comunione per separazione di persona o di beni, non potrebbe domandarsi la riduzione per il presente; il dritto resterebbe sospeso per esercitarsi, se bisogna, all'apertura dell'eredità del coniuge: diciamo *se bisogna*, essendo possibile che alla morte del coniuge i figli di un primo matrimonio fossero anche morti, ed allora non si farebbe la riduzione. Dall'altro lato, se i figli rinunciano alla eredità del loro autore, o sieno dichiarati indegni, la riduzione non potrebbe più domandarsi.

Ma benchè la porzione dei beni, che oltrepassa la quota disponibile, possa chiedersi non dai figli del matrimonio, ma da quelli del precedente, questi, effettuandosi la riduzione e rientrati i beni nel patrimonio del defunto, avrebbero il dritto di prendere la loro porzione, sì perchè i beni fan parte della eredità, e perchè questa devesi dividere ugualmente tra tutti i figli del defunto.

Il nostro articolo non vuole derogare alla regola fondamentale della divisione ad uguali porzioni, e se il soprappiù del vantaggio procurato dal defunto al coniuge non deve nuocere ad un figlio d'un primo matrimonio, non può diventar per lui causa di guadagno e procurargli, a danno dei figli del matrimonio, una porzione di beni mag-

giore di quella che avrebbe avuta se i vantaggi fossero rimasti entro la quota disponibile.

I figli del matrimonio potran dunque trar vantaggio dalla riduzione, ma non potran chiederla. Vero che spesso si è insegnato, che compintasi la condizione voluta per la apertura d'un dritto, l'azione può esercitarsi da tutti quei che devono trarne vantaggio, e che in conseguenza se tra gli eredi che accettano l'eredità del defunto, vi sian figli d'un primo matrimonio, la riduzione può esser chiesta da tutti, perchè a tutti deve vantaggiare (1). Tal dottrina non ci pare da ammettersi. La riduzione che avverandosi avvantaggia tutti i figli, è stabilita nell'interesse dei figli del primo matrimonio, e ove questi vogliano rispettare la volontà del loro autore, gli altri non possono dolersene; per cui il nostro articolo, non contento di dire che si permette l'azione se vi son figli del primo matrimonio, spiega chiaramente che avranno essi l'azione.

Con più ragione la riduzione non può ottenersi dal coniuge che ha procurato lo eccessivo vantaggio; e non sappiamo comprendere perchè una decisione della Corte di Bordeaux (contraddetta da una recente decisione della Corte di Colmar) abbia giudicato il contrario (2). La riduzione d'una liberalità, anche nei casi ordinari e quando può esser chiesta dagli eredi legittimari, esiste per essi, nè può essere reclamata dall'autore della liberalità: con più ragione qui che il dritto di riduzione è più ristretto e non appartiene nè anco a tutti gli eredi legittimari (3).

Gli eredi posson far la prova non solo coi titoli, ma anche con testimoni e per pubblica voce.

(1) Duranton (XV-247); Rodière e Paolo Pont (II-363); Troplong (III-2228).

(2) Bordeaux, 5 lug. 1821. — *Contra*: Colmar,

19 feb. 1845 (*Causa Walli*).

(3) Vedi Paolo Pont e Rodière (I. II, n. 364); Troplong (I. III, n. 2219).

PARTE SECONDA

DELLA COMUNIONE CONVENZIONALE E DELLE CONVENZIONI CHE POSSONO MODIFICARE
(O ANCHE ESCLUDERE) LA COMUNIONE LEGALE.

1497 (T).—I coniugi possono modificare la comunione legale con qualunque sorta di patti non contrari agli art. 1387, 1388, 1389, 1390 (1341, 1342, 1343, 1344).

Le principali modificazioni sono quelle che hanno luogo stipulando in una od in altra delle seguenti maniere, cioè:

1° Che la comunione non si estenderà che ai soli acquisti;

2° Che il *mobiliare* presente o futuro non entrerà nella comunione, o che non v'entrerà che per una data parte;

3° Che vi si comprenderanno tutti od in parte gl'immobili presenti o futuri, con at-

tribuire ad essi la qualità di beni mobili;

4° Che i coniugi pagheranno separatamente i loro debiti anteriori al matrimonio;

5° Che in caso di rinuncia, la moglie potrà riprendere ciò che ha portato, senza spesa od aggravio;

6° Che il coniuge superstite conseguirà un'antiparte;

7° Che i coniugi avranno porzioni ineguali;

8° Che vi sarà fra essi comunione a titolo universale.

SOMMARIO

I. Le otto modificazioni indicate sono le sole che si riscontrano nella pratica, e che costituiscono la comunione convenzionale.

II. Il reimpiego convenzionale dei beni propri della moglie va soggetto, come il facoltativo, alla doppia condizione delle dichiarazioni del marito e dell'accettazione del-

la moglie: errore di Toullier e di altri scrittori.

III. I coniugi adottando la comunione, possono dichiarare inalienabili gl'immobili della moglie, soggettandoli espressamente alla regola dotale: errore del più degli scrittori e di molte decisioni.

I. I coniugi sono affatto liberi (come ha detto l'art. 1387 (1341) di stipulare come meglio credono le loro convenzioni matrimoniali, salvo le restrizioni dell'articolo suddetto e le seguenti pei buoni costumi o all'ordine pubblico. Son essi dunque padroni di modificare, come crederanno, salvo le stesse restrizioni, il sistema di cui si è trattato nella PRIMA PARTE del capitolo, o di escluderlo abbracciando altra regola.

Lo abbiain già detto; il Codice non dovea porre nel nostro capitolo della *Comunione* le convenzioni che *escludon* questa, e delle quali tratta nella nona ed ultima sezione di questa SECONDA PARTE, e si è da noi spiegato nel principio del titolo perchè sia vizioso il metodo. Le convenzioni che *modificano* il sistema della comunione legale, da cui deriva una comunione convenzionale, stan bene ove trovansi.

I coniugi modificando la comunione legale, son liberi di immaginare e stipulare quelle convenzioni che loro meglio piaceranno; ma le principali che ordinariamente si offrono, ed anche le sole (poichè fino ad ogginessun'altra è invalsa in pratica), sono le otto del nostro articolo, le quali han per oggetto, queste di restringer la comunione ordinaria (1° e 2°), quelle di estenderla (3° ed 8°), le altre di modificarla, sia per rispetto alla divisione dell'attivo (7° e 6°), sia sotto il tale o tale altro rapporto (4° e 5°).

Ciascuna di esse poi forma una sezione particolare.

II. — Pria di passare allo svolgimento di queste otto sezioni, esaminiamo due questioni sorte dalla clausola d'impiego o reimpiego dei danari propri della moglie, che lasciamo negli art. 1434 e 1435 (TT)

giacchè rientrano nella materia della comunione convenzionale.

Vedremo sullo quegli articoli che il reimpiego di cui in essi si tratta, e rivedici reimpiego *facultativo*, poichè in fatti il sistema della comunione legale non ne impone un obbligo e s'opera colla doppia condizione: 1° che il marito dichiari la provenienza dei danari, e il perchè si è acquistato l'immobile; 2° che questo immobile si accetti come proprio dalla moglie. Or la nostra prima questione sia nel conoscere se questa dichiarazione del marito ed accettazione della moglie sieno ugualmente necessarie nel reimpiego *convenzionale* od *obbligatorio*, cioè se una clausola speciale del contratto di matrimonio imponga al marito l'obbligo d'impiegare in immobili i danari propri della moglie. Noi non dubitiamo punto a rispondere del sì.

E in prima non può sorgere dubbio per la dichiarazione da farsi al tempo dell'acquisto. Infatti, ove pure si dicesse nel contratto di matrimonio che il reimpiego di un bene proprio della moglie alienato si faccia col primo immobile acquistato dal marito dopo l'alienazione, come potrebbero i terzi credere se il tale immobile sia stato o pur no il primo acquisto del marito posteriore all'alienazione della moglie? I terzi non si possono mai ingannare, non vi ha quindi nessuna buona ragione per cui si debba preferire questa regola la quale richiede dal marito, per il reimpiego *facultativo*, una dichiarazione formale. Del resto tal primo punto della questione non è punto dubbio.

Non è così il secondo. Una decisione di Parigi e molti scrittori, specialmente Toullier, prescrivono che l'accettazione della moglie non è necessaria se una clausola del contratto imponga al marito di fare il reimpiego; ed assegnano per motivo che imponendosi quest'obbligo al marito, lo si fa con più mandatorio della moglie per acquistare in di lei conto (1). Una tale idea è

inesatta. Il dirsi che il reimpiego, anziché *facultativo*, sia *obbligatorio* pel marito; che egli invece di avere una semplice facoltà, sia costretto ad acquistare un immobile per essere proprio della moglie, non importerebbe in nessun modo che questa si spogli del dritto di esaminare se le convenga o pur no l'immobile che il marito le ha destinato. Il reimpiego convenzionale differisce dall'altro in ciò solo, che nell'un caso esiste una semplice facoltà, nell'altro un obbligo; ma se il marito per quest'obbligo può comprare irrevocabilmente in nome della moglie, può anche farlo per l'avuta facoltà. Il marito nell'un caso ha la facoltà di comprare un immobile che la moglie prenderà, ove le piaccia, e nell'altro caso ne avrà l'obbligo; poichè diciamolo altra volta, la differenza fra l'un caso e l'altro sta nel sostituire l'obbligo alla facoltà.

Si snaturerebbe adunque la clausola del reimpiego, chiamandola rinunzia della moglie al suo dritto di stima; si trasformerebbe in un *diritto* conferito al marito in danno della moglie l'*obbligo* imposto a quella in vantaggio di questa; e si rivolgerebbe contro la moglie una clausola che è stata scritta nel suo interesse..... Essa senza dubbio può o nel contratto, o in un atto posteriore, o nel reimpiego *obbligatorio*, o in quello *facultativo*, conferire al marito il mandato di scegliere per lei, ed interdirti in tal guisa il dritto di accettare o rifiutare l'immobile acquistato; ma un tal mandato non si potrebbe presumere, poichè è impossibile di scriverlo nella semplice clausola del reimpiego, la quale non mostra in vero una gran confidenza nel marito, ma un provvedimento preso contro di lui: l'acquisto fatto in impiego, o reimpiego dal marito, è una offerta che si fa alla moglie, la quale può accettarla o rinunziarla. È questa pure la dottrina di una decisione di Bourges e del più degli scrittori, specialmente dello annotatore di Toullier (1).

(1) Toullier (XII-362 e 363); Tessier (l. p. 220); Bolland de Villargues (alla parola *Reimpiego*, 66 e seguenti); Odier (I-315); Parigi, 13 giugno 1858 (*Causa Villeneuve*).

(2) Duranton (XV-430); Delvincourt (l. III), Zachariae (III, p. 426); Bruech (n. 35); Paolo Pont e Rodière (I-517); Duvergier (sopra Toullier); Troplong (II-1140 e 1141); Bourges, 1° febbraio 1831.

III. — La nostra seconda quistione sta nel conoscere se i coniugi, essendo in comunione, possano, sia colla semplice clausola del reimpiego, sia con una clausola speciale a tal riguardo, dichiarare inalienabili gl'immobili della moglie.

E in prima, l'inalienabilità degl'immobili propri della moglie in comunione, risulta dalla clausola con cui si stipula che essi non potrebbero alienarsi che sotto la condizione del reimpiego? In altri termini, se un immobile della moglie si alieni in forza di tal clausola, e non se ne reimpieghi il prezzo, si potrà egli dire che siccome lo immobile non potevasi alienare senza quella condizione, l'alienazione sarà nulla e la moglie potrà rivendicare il suo immobile contro l'acquirente; o invece che siccome la stipulazione del reimpiego mira solo ad obbligare il marito, non già a rendere inalienabili gl'immobili, la moglie quindi possa soltanto per la mancanza del reimpiego, agire contro il marito, e non contro l'acquirente dell'immobile?

Secondariamente, supposto che la clausola del reimpiego non basti a produrre la inalienabilità degl'immobili, potrebbe questa almeno sorgere da una clausola espressa con cui si dichiarino inalienabili gl'immobili della moglie? Il primo punto, risoluto nel senso dell'inalienabilità da Merlin e da un'antica decisione della Camera dei ricorsi (1), deve decidersi in senso contrario. Proveremo ciò con quel che diremo sulla seconda parte della quistione, la quale deve parimente risolversi nel medesimo senso.

I beni della moglie posson essere soltanto inalienabili se si adotta la regola dotale. Cotal proposizione, benchè rigettata da varie decisioni delle Corti di appello, e dal più degli scrittori, pure è fondata sopra i principi più certi, siccome anche è consacrata dalla giurisprudenza della Corte di

cassazione . . . L'alienabilità dei beni riguarda l'interesse generale e l'ordine pubblico; nè vi si potrebbe derogare che nei casi e sotto le condizioni stabilite dalla legge. Or da una mano, la legge qui dichiara inalienabili i beni della moglie solo sotto la regola dotale; l'inalienabilità quindi dei beni di lei non si potrebbe mai stipulare senza sottometterli a quella regola, come non si potrebbe nemmeno, sotto qualunque regola si fosse, stipulare efficacemente la inalienabilità dei beni del marito. Da altro lato, abbiain visto sotto l'art. 1392 (1346), che la regola dotale può adottarsi solo con una dichiarazione espressa.

Tutti gli scrittori che ci han preceduto, non che varie decisioni, ammettono, ad eccezione di Battur il quale si spinge troppo oltre nel senso contrario, che la moglie possa rendere inalienabili i suoi immobili adottando qualunque altra regola che non la comunione (o la esclusione di comunione, o la separazione dei beni), senza che nemmeno sia mestieri (secondo vuole la decisione di giugno 1845) di alludere alla regola dotale. Si dice che siccome l'articolo 1497 (T) e l'articolo 1387 (1344) permettono ai coniugi di aggiungere alla regola della comunione (o di esclusione di comunione o di separazione di beni) qualunque stipulazione o modificazione che loro meglio piaccia, la quale non osti alla legge o ai buoni costumi; e siccome la clausola d'inalienabilità dei beni della moglie non è nè immorale nè illegale, i coniugi adunque possono liberamente stipularla (2).

L'errore è ben facile a conoscersi. I coniugi possono incontrastabilmente aggiungere alla regola della comunione, per esempio, la inalienabilità degl'immobili della moglie, e la dottrina di Battur quindi non può ammettersi; ma ciò posson fare, adottando per tali immobili la regola dotale, assoggettandosi insieme alla regola della

(Dev., 31, 2, 253); decisione del Parlamento di Parigi, 6 sett. 1701.

(1) Merlin (*Quist.*, alla parola *Reimpiego*, § 7); Rig. di un ric., 22 nov. 1820.

(2) Merlin (*loc. cit.*); Toullier (XII-372); Duranton (XV-297); Zachariae (III, p. 386, nota); Rodière

MARCADE, Vol. III, p. I.

e Paolo Pont (II-785); poi tre decisioni di Dijon cassate nel 1841, come appresso vedremo, e due di Caen, del 21 febb. 1845 (J. P., 1845, t. II, pagina 185), e del 17 giugno dello stesso anno (*Causa James contro Paisant*).

comunione e alla dotale, la quale può adottarsi anche parzialmente col mezzo di una espressa dichiarazione. . . Qualunque contratto in cui non si adotti espressamente la regola dotale, non può produrre la inalienabilità dei beni propri della moglie. Infatti, delle due cose l'una: o si dovrebbe dire che la regola dotale esiste senza dichiarazione espressa, e si violerebbe così l'art. 1392 (1346); o si dirà (come si è detto) che l'inalienabilità esiste senza adottare la regola dotale, e si violerebbe l'art. 6 (7) e il principio fondamentale del libero movimento dei beni; poichè bisogna sempre tener d'occhio, ciò che non si è fatto adottando il contrario sistema, che qualunque stipulazione d'inalienabilità è assolutamente interdetta in principio generale, come contraria all'ordine pubblico, che si permette solo, per la eccezione scritta nella legge, alla moglie maritata sotto la regola dotale, e che quindi non si potrebbe, come diciamo, stipulare la inalienabilità dei beni della moglie, essendo fuori la regola dotale, come non si potrebbe anche sotto tal regola stipulare la inalienabilità dei beni del marito... Questa verità già certa, avuto riguardo che l'inalienabilità è un'eccezione ad un principio di supremo ordine pubblico, e che non può quindi estendersi a nessun altro caso non previsto dalla legge, lo diviene anche più, se si ha riguardo alla storia della compilazione del nostro titolo. Il legislatore infatti nel suo progetto di preferizione, prima che ammettesse (costretto dai paesi di dritto scritto) la regola dotale secondo il sistema romano, non contentossi di dire che gl'immobili della moglie, benchè sotto la regola dotale, non diverrebbero inalienabili; volle bensì dichiarare che la inalienabilità non potrebbe crearsi con una clausola formale del contratto, e che qualunque clausola di tal genere sarebbe nulla (Fenet, t. XIII, pagi-

na 521, art. 158). Solo adunque perchè dovette alla fine ammettersi la regola dotale, fu introdotta come parte integrante di questa regola l'inalienabilità degli immobili della moglie. Cotal dottrina sconosciuta pria da tutti gli scrittori, trattata poi da noi, e quindi avvalorata dall'alta autorità di Troplong (I, 79-81; II, 1076-1085), è consacrata d'altronde in tre decisioni della Corte di cassazione, con le quali la Camera civile nel 1844 annullò le decisioni contrarie della Corte di Dijon, ed in altre più recenti della Camera dei ricorsi. — « Attesochè, dicevasi nelle tre prime, i coniugi Chavat adottarono la regola della comunione con riserva di alienare i loro beni propri, coll'obbligo di reimpiegare il prezzo delle vendite dei beni della futura sposa; attesochè con tale stipulazione i beni della signora Charot non erano soggetti ALLA REGOLA DOTALE; che infatti essa non ha il carattere della DICHIARAZIONE ESPRESSA richiesta dall'art. 1392 (1346), e di cui non può farsi a meno perchè i beni della moglie sieno inalienabili ». — La camera dei ricorsi dice, potere i creditori della moglie, sequestrare i beni di lei (e quindi alienarli), all'infuori di quelli messi sotto LA REGOLA DOTALE con una ESPRESSA dichiarazione nel contratto di matrimonio (1).

È errore adunque il dire, come Battur, che i coniugi non possono, adottando la comunione, metter sotto la regola dotale gl'immobili propri della moglie (2), e come gli altri scrittori, che i coniugi possono dichiararli inalienabili senza sommetterli alla regola dotale colla dichiarazione espressa dell'art. 1392 (1346)... In esso si permette solo di adottare la regola dotale per la inalienabilità degli immobili della moglie, e la comunione pel resto, ciò che formerebbe una stipulazione molto simile a quella con cui si adotta la regola dotale aggiungendovi una comunione d'acquisti-

(1) Cass., 29 dic. 1841; Rig., 23 agosto 1847 e 13 febb. 1850 (Dev., 42, 4, 5; 47, 1, 657; 50, 1353); Cass., 6 nov. 1851 (Dev., 54, 1, 712).

(2) Si è giudicato infatti, che la stipulazione della regola dotale parziale risulta dalla clausola con cui si è dichiarato che gl'immobili della moglie non

possono nè alienarsi nè ipotecarsi durante il matrimonio, e che per assicurare a questa clausola tutto il suo effetto, la moglie dichiara di costituirsi i suoi immobili in dote. Rig., 15 maggio 1853 (Dev., 53, 1, 465).

Quest'ultima stipulazione, che dà maggiore estensione della prima alla regola dotale (e quindi minore alla comunione), ma che si assomiglia nell'adottar simultaneamente le due regole, la dotale e quella della comunione, è ed è stata sempre molto in

pratica, ed il Codice l'ha preveduto specialmente nell'art. 1581 (1394 M).

Passiamo intanto allo svolgimento delle otto sezioni, di cui il nostro articolo, è per dir così, il sommario.

SEZIONE PRIMA.

DELLA COMUNIONE RIDOTTA AGLI ACQUISTI.

1498 (T).—Quando i coniugi stipulano che tra essi non vi sarà che una comunione d'acquisti, si riterrà che abbiano escluso dalla comunione i debiti di ciascuno di essi, attuali e futuri, ed il loro rispettivo *mobiliare* presente e futuro.

In questo caso, e dopo che ciascuno dei coniugi avrà prelevato ciò che ha conferito, con la debita giustificazione, la divisione si limita agli acquisti fatti dai con-

gi unitamente o separatamente durante il matrimonio, e provenienti tanto dall'industria comune, che dai risparmi sopra i frutti e rendite dei beni dei due coniugi.

1499 (T).—Se il *mobiliare* esistente al tempo del matrimonio, o provenuto posteriormente, non sarà stato comprovato col mezzo d'inventario o d'uno stato in buona forma, sarà considerato come acquisto.

SOMMARIO

- I. *Comunione d'acquisti. Essa si stabilisce senza bisogno di espressione sacramentale: errore di Merlin e di Toullier.*
- II. *Composizione del suo attivo e passivo.*
- III. *Qualunque bene si reputa comune fino alla prova in contrario. Come debba farsi questa prova: controversia.*
- IV. *I mobili dei coniugi si dividono in propri*

perfetti, e propri imperfetti: il marito non può alienare i mobili propri della moglie.

- V. *La comunione può ridursi agli acquisti immobiliari: errore di vari scrittori.—Qual è il passivo di tal comunione: controversia.—Per essa si applica l'art. 1408 (T).*

I.—I coniugi, anzichè soggettarsi alla comunione ordinaria, la quale abbraccia nel suo attivo, come abbiamo visto, tutti i mobili dei coniugi, siccome nel passivo tutti i debiti mobiliari, possono stipulare solo una comunione per gli acquisti che faranno.

Tal convenzione deve formalmente esprimersi, e se i due sposi dichiarino semplicemente di maritarsi *in comunione*, senza indicare quale, la convenzione dovrà intendersi per la comunione ordinaria, legale. Per ciò non bisogna alcuna sacramentale espressione o frase; e non sappiamo comprendere come Merlin (Rep., alla parola *Esclusione*, § 1, n. 2) e Toullier (XIII-317) abbiano potuto insegnare che i coniugi debbono necessariamente *non voler altro formare che una comunione d'acquisti*, e che

senza la congiunzione *non che* la stipulazione della comunione di acquisti non produrrebbe effetto! Qui, come ovunque, si richiede solo che i coniugi manifestino chiaramente la loro volontà, la quale sarà pur chiara se essi dicono esservi fra loro *comunione d'acquisti*, o che essi si mettono in *società d'acquisti*, o che saranno in comunione *per rispetto ai beni che acquisteranno*.... È ben semplice che il Codice, dopo aver detto della comunione ordinaria, abbia in questa impiegato le congiunzioni *non che* trattando dell'altra; ma se due coniugi, senza stabilire comunione legale, ne facciano una di acquisti, essi non avran bisogno di alludere alla prima, ed indicando quel che vogliono non fa mestieri di dir quel che non vogliono: anche

Pothier dice che ove le parti dichiarino « i coniugi saranno in comunione per tutti i beni che acquistano », non vi sarà comunione ordinaria, ma una semplice di acquisti (n. 317). Ben a ragione adunque la strana dottrina di Merlin e di Toullier è rigettata dagli scrittori e dalla giurisprudenza (1).

II. — L'attivo della comunione di acquisti abbraccia i guadagni provenienti sì dai frutti o rendite dei beni dei coniugi, che dalla loro industria.

La società di acquisti prende i frutti o rendite percepite o corse durante il matrimonio, non il capitale. Il danaro, i crediti, le rendite ed altri beni mobili appartenenti ai coniugi al tempo del loro matrimonio, ed altri loro di poi pervenuti per eredità o donazione, durante il matrimonio, sono lor propri come gl'immobili sotto la comunione legale. Fra i beni mobili contengono le rendite, gl'interessi, e le annualità corse al giorno del matrimonio, benchè dopo pagati, perchè costituiscono un credito del coniuge, solo le rendite pervenute durante il matrimonio appartengono tutte alla comunione (2). Anche tutti i frutti percepiti durante la comunione son presi dalla società di acquisti; ma qui siccome il coniuge, scelta la società, deve il compenso delle spese di sementi e di cultura dei frutti che allo scioglimento pendevano dai rami o dalle radici nei fondi, la società deve pure il compenso al coniuge per le spese di sementi e cultura dei frutti trovati pendenti il dì del matrimonio; poichè noi abbiamo ammessa la contraria soluzione per la comunione legale, per la ragione che la somma pagata dal coniuge per tali spese, se pur non pagata, sarebbe sempre entrata nella

comunione come valore mobiliare, mentre qui, non pagandosi, resterebbe propria del coniuge. Così nel primo caso le spese (che sono state tolte dai capitali dei coniugi) si sopportano realmente dalla comunione; e qui dal coniuge sul suo patrimonio, applicandosi fra lui e la comunione il principio di reciprocità che non si potrebbe applicare alla comunione legale. È dunque inesatta la dottrina di Duranton (XV-11), il quale ammettendo il debito del coniuge verso la comunione, rigetta quello della comunione verso il coniuge; ciò che molto più è strano, poichè il dotto professore riconosce che la comunione deve pagar le spese al terzo acquirente, senza potersi rivolgere contro il coniuge. Sicchè è chiaro che essa, e non il coniuge, deve sostenere le spese.

La comunione di acquisti prende i prodotti dell'industria dei coniugi, insieme coi guadagni; però qui pure intendiamo dei guadagni da conseguire e non di quelli già conseguiti al tempo del matrimonio. Se durante il matrimonio, si venda un'opera d'arte, di scienza od altro fatta prima dal coniuge, questi ne riterrà la somma, poichè prezzo d'un bene proprio. Così pure del prezzo delle edizioni che si facciano di tale opera durante la comunione, essendo il prezzo un prodotto della cosa. — Scoprendosi da un coniuge un tesoro, egli acquisterà non solo la metà *jure soli*, come nella comunione legale, ma anche l'altra metà, la quale non è nè un frutto, nè un guadagno prodotto dall'industria. Del pari egli riterrà in proprio gli oggetti perduti e trovati, e i guadagni avuti in una lotteria o per giochi e scommesse. Non così però di un ufficio concessogli gratuitamente dallo Stato,

(1) Battur (II 356); Dolloz (Rep., X, p. 264); Duranton (XV 18 e seg.); Zachariae (III, p. 510); Glauz (n. 385); Paolo Paul e Hostière (II-17); Duvergier (sopra Toullier, loc. cit.); Troplong (n. 1853); Rig., di una decisione di Bordeaux, 10 dic. 1840 (J. P., 1840, t. II, p. 781); Ric., 1 giugno 1853 (Dev., 53, I, 511). Quest'ultima decisione giudica inoltre non essere soggetta a censura la soluzione che decida, in forza delle convenzioni, aver voluto i coniugi stabilire una comunione ordinaria in cui cadono i mobili reati in dote, i quali non sieno stati esclusi da una clausola particolare.

(2) Giudicato che i frutti della moglie sotto la regola dotal o di comunione di acquisti, su i frutti pendenti dalle radici il dì dello scioglimento della comunione, non regolati secondo i principi della comunione d'acquisto, e non secondo la regola dotal; la moglie ha diritto a tutti i frutti esistenti sugli immobili dotali, e non ad una parte di essi in proporzione alla durata del matrimonio durante l'ultimo anno; Rosen, 3 marzo 1853 (Dev., 54, 2, 31); Sic Tessier (Della dote, t. II, n. 893); Duranton (t. XV, n. 11); Paolo Paul e Hostière (t. II, n. 30); Troplong (t. III, nn. 1867, 1868).

o dei beni accordatigli dalla nazione come compenso: questi non sono nè guadagni avuti ad azzardo, nè donazioni; un ufficio si concede alla capacità del titolare, i compensi gli si danno pei suoi lavori o servizi; tutto quindi appartiene alla comunione di acquisti (1).

Per rispetto al passivo, esso non è gravato nè dai debiti che esistessero al tempo del matrimonio, nè da quelli delle successioni o donazioni, puramente mobiliari, pervenute ai coniugi durante il matrimonio, nè da quelli contratti da essi coniugi per le loro proprietà d'immobili o di mobili. Esso abbraccia i debiti che il marito o la moglie autorizzata abbiano contratto per la società, gl'interessi o le annualità dei debiti personali, e tutti i pesi usufruttuari dei beni dei coniugi.

Tanto l'attivo che il passivo possono altrimenti stabilirsi nel contratto, potendo sempre i coniugi estendere o restringere ciò che la legge loro impone.

III. — Qualunque bene si reputa comune, come sotto la comunione legale, finchè uno dei coniugi non pruovi che gli sia proprio. Per gli immobili, siccome è sempre facile il provarne l'origine, non vi sarà alcun dubbio; e la legge non ne ha parlato. Ma per i mobili è necessario qualche schiarimento.

Regolarmente, ed in principio, la prova deve farsi o con un inventario steso per distinguere i mobili propri da quelli della comunione, o con uno stato in buona forma, come quello fatto per un conto di tutela o per una donazione di mobili, per cui sarebbe inutile la formazione *ad hoc* di un inventario. Cotal regola, secondo i termini dell'articolo 1499 (T), si applica ai mobili esistenti al tempo del matrimonio e a quelli pervenuti ai coniugi durante il matrimonio.

Non facendosi nè inventario, nè stato, bisogna distinguere fra i due casi.

Per i mobili pervenuti durante il matrimonio, la regola varia non poco per l'uno e per l'altro coniuge. Siccome naturalmente incombe al marito di fare stendere l'inventario, di cui non può farsi a meno, pervenendo dei mobili che non sono altrimenti comprovati, egli, trattandosi di mobili a lui pervenuti, non potrà lagnarsi della mancanza di prova, la quale essendo irregolare, i suoi mobili andranno nella comunione. Per l'incontro la moglie per la stessa ragione, e per la sua dipendenza dal marito, potrà far la prova con tutti i mezzi, anche con la pubblica voce (2). Così dice l'articolo 1504 (T) in un caso analogo al nostro, o piuttosto identico, come ora vedremo. Gli eredi della moglie, quelli del marito non hanno maggiori diritti del loro autore, tranne che gli ultimi pretendessero non essersi fatto l'inventario, appositamente, per avvantaggiar la moglie in danno della loro riserva: in tal caso essi potranno far la prova, anche per pubblica voce, poichè la frode si può provare con tutti i mezzi.

Per rispetto ai mobili che i coniugi possiedono maritandosi, si sono elevate due questioni. — In prima se l'inventario fatto dopo la celebrazione del matrimonio sia efficace. Tutti riconoscono non potersi opporre ai creditori dei coniugi, per analogia dell'articolo 1510 (T); sicchè tutta la difficoltà consiste nel sapere se essa produca il suo effetto fra i coniugi. Bugnet (sopra Pothier, n. 298) risponde del no; ma non ne porge alcun motivo, e noi infatti non vediamo perchè si debba rigettare l'opinione insegnata da Pothier (*loc. cit.*). — La seconda questione è, se in mancanza d'inventario si debba applicare la disposizione

(1) Colmar, 20 dic. 1832; Douai, 15 nov. 1833; Agen, 2 dic. 1836 (Dev., 33, 2, 185; 34, 2, 189; 37, 2, 309); Zachariae (III, p. 511); Paolo Pont e Rodière (II 39 e 40). — Il maggior valore acquistato coll'ufficio proprio del marito, non va nemmeno nella comunione di acquisti, se provenga unicamente dall'aumento generale del valore degli uffici, e non possa attribuirsi all'industria o agli sforzi particolari del marito dopo il matrimonio.

Bordeaux, 19 feb. 1856 (Dev., 56, 2, 271).

(2) Ma ciò per rispetto al marito. Poichè in faccia ai terzi la moglie non può supplire con nessuna prova alla mancanza d'inventario o dello stato in buona forma dei beni che pretende esserle pervenuti durante il matrimonio. Bordeaux, 21 gennaio e 9 aprile 1853; Rig., 19 giugno 1853 (Dev., 53, 2, 243 e 423; 55, 1, 506). — Sic Paolo Pont e Rodière (I. II, n. 46); Troplong (n. 1884).

dell'articolo 1504 (T), come per i mobili pervenuti durante il matrimonio? Toullier (XIII-306) e Glandaz (n. 388) insegnano il sì; ma ciò non può ammettersi. Priachè non si celebri il matrimonio, la moglie non dipende dal marito, nè questi è obbligato a fare l'inventario dei mobili della moglie: i due futuri coniugi sono nella stessa posizione; tutti e due sono padroni di agire (per se stessi o per coloro da cui dipendono) come meglio loro piacerà; tutti e due quindi devono esser considerati dell'ugual maniera, nè l'uno potrebbe provare per pubblica voce, e l'altro per titoli. Delle due cose l'una: o la pruova per pubblica voce si permette per tutti e due, o per nessuno. Ma quale delle due idee bisogna seguire? Gli scrittori e le decisioni si sono scisse anche su tal punto, il quale secondo noi è semplicissimo (1). Infatti la pruova per testimoni si permette, per eccezione, a quelli che non possono far quella per iscritto; or se la moglie durante il matrimonio, non può far l'inventario dei mobili che le pervengono, possono farlo benissimo, sì ella che il marito, prima del matrimonio; per cui possono stendere, in mancanza di altro stato in buona forma, lo inventario richiesto dal nostro art. 1499 (T): così l'articolo 1504 (T), permettendo per eccezione solo alla moglie di far la pruova per pubblica voce, ha cura di permetterglielo per i soli mobili pervenuti durante il matrimonio, ed il Codice, in questo articolo e dovunque, non accenna mai ai mobili esistenti al tempo del matrimonio. Per questi adunque si resta sotto la regola dell'articolo 1499 (T), il quale seguendo i principi generali, richiede l'inventario. Indarno si vuole da ciò inferire che la pruova per pubblica voce era permessa nell'antico dritto, il quale, avrebbe avuto qualche influenza, facendo il Codice; rimane però senza effetto essendovi una contraria regola nel nostro art. 1499 (T).

IV. — Abbiamo visto (articolo 1408 (T), n. VIII) che sotto la comunione legale restando i mobili propri dei coniugi, si dividono in propri perfetti e propri imperfetti; che i primi restano rigorosamente propri del coniuge che li riprende in natura allo scioglimento, e gli altri vanno nella comunione, che ne diviene realmente proprietaria, ed è sola debitrice del loro valore in faccia al coniuge; e che si devono reputare come propri imperfetti tutti quelli rilasciati, sia con estimo, sia con qualunque altra circostanza da cui sorga essersi voluti attribuire alla comunione, salvo compenso. Or tali idee si possono pure applicare sotto la comunione d'acquisti, con la differenza che i mobili propri (perfetti o imperfetti) vi saranno di maggiore rilievo, poichè tutti quelli che appartengono ai coniugi al tempo del matrimonio, o che loro dopo pervengono non come prodotto dei loro beni e delle loro industrie, sono esclusi dalla comunione.

Qui dunque, come sotto la comunione legale, dobbiamo riconoscere che tutti quei mobili per cui il coniuge non ha espresso la volontà di trasferirli alla comunione, salvo compenso, resteranno rigorosamente, ed in natura, propri di esso coniuge.

Invano Merlin (*alla parola Esclusione*), Battur, (II-381) ed altri vogliono sostenere il contrario, perchè secondo l'art. 1503 (T), ciascun coniuge può riprendere allo scioglimento il *valore* di quanto gli effetti mobili oltrepassava la quota messa in comunione. Noi l'abbiam detto (art. 1428 (1399), n. II), e vedremo spiegando quest'articolo 1503 (T), che la quistione è nel solo caso in cui il coniuge si è costituito debitore della comunione di una somma, pel cui pagamento le ha trasmesso i suoi mobili, in guisachè la comunione è divenuta proprietaria dei mobili, salvo a render conto e restituire, se occorra, il di più del valore dei mobili sopra la somma promessa.

(1) Per la pruova: Maleville (III, p. 351); Battur (II-307); Rodière e Paolo Pont (II-48); Rig., 3 agosto 1831 e 19 dic. 1842; Bourges, 28 feb. 1832 e Bordeaux, 19 feb. 1856 (Dev., 56, 2, 271); —

Contro: Duranton (XV-16 e seg.); Zachariae (III, p. 512); Rolland de Villargues (*alla parola Comunione*, n. 611); Poitiers, 6 mag. 1836 (Dalloz, 37, 2, 128).

Dobbiamo inoltre ritenere, come abbiamo visto sotto la comunione legale (*loc. cit.*), che il marito non potrebbe alienare i mobili propri perfetti della moglie (Rig., 2 luglio 1840: Dev., 40, 1, 886).

V. — Era spesso in uso altre volte, specialmente in Normandia, di stipulare una società di acquisti d'immobili soltanto; in guisachè i coniugi essendo in comunione per gli immobili acquistati durante il matrimonio, restavano propri del marito gli acquisti mobili, come sotto l'esclusione di comunione i mobili e gli immobili. Si è chiesto se sotto il Codice debba ammettersi questa clausola; e mentre Delaporte ed anche Troplong dicino del sì senza discutere, e come se fosse un punto una controversia, molti scrittori (di cui par che Troplong ignori la contraddizione) han sostenuto del no (1).

La loro dottrina non è da ammettersi. Dicino essi che la posizione recherebbe molto pregiudizio alla moglie, e saria troppo comoda per il marito, il quale potrebbe non farla partecipare dei benefici col non acquistare immobili. Or questa non è ragion di dritto, bensì considerazione di fatto da esser ponderata dalla moglie e suoi consulenti onde scegliere la regola che fa al lor caso, ma nella questione di validità o d'invalidità della clausola non entra per nulla. Certo la posizione è pene favorevole alla moglie, ma lo è ancor meno nella regola di esclusione di comunione, tanto permessa. Come mai la moglie non potrebbe adottare la regola con cui può e non può avere acquisti, potendo adottar l'altra, che nulla anticipatamente le promette?... Lo diciammo altra volta, ciò non è dritto. Secondo i principi i coniugi son padroni di appigliarsi a qualunque convenzione, purchè non contraria ai buoni costumi, nè alle ense proibite dal Codice. Or la società di acquisti immobiliari non è per nulla contraria alla mora-

le, nè vietata da alcun testo; ella è dunque permessa, e le varie decisioni di cui parleremo ne recano molti esempli.

La società d'acquisti immobiliari è una emmuniione più ristretta della società d'acquisti ordinari, ed abbraccia una sola parte dell'altra. Così essa non comprende tutti gli immobili che il marito può acquistare durante il matrimonio, ma quei che sono veri acquisti, cioè provenienti da guadagni fatti o sulle rendite proprie dei coniugi o con la loro industria: la società di tutti gli acquisti comprende tali guadagni, e quella di acquisti d'immobili comprende i guadagni immobilizzati. Tutto ciò che sarebbe proprio nella prima, riman proprio nella seconda; più i mobili comuni nell'una restan propri al marito nell'altra, e diventano comuni se immobilizzati. Non dubbio su ciò; e se ne è sorto alcun innanzi i tribunali sulla validità di tal società particolare, non ve n'è stato per la composizione del suo attivo. Gli è ben altro pel suo passivo, ed il saper quali debiti (oltre a quelli relativi agli immobili propri, che son sempre personali ad ogni coniuge) cadano a peso della società, ha fatto sorgere quattro contrari sistemi. L'un di essi, che ebbe origine da una idea di Bellot e di Rolland de Villargues, vuole che la società non soffra parte alcuna dei debiti, restando tutti a peso degli acquisti di mobili. Un secondo, adottato specialmente da una sentenza riformata in appello dalla Corte di Bruxelles nel 1823, ammette dover ella sostenere i debiti contratti in occasione degli immobili di cui si compone. Il terzo, applicato da una decisione di Caen del 1828 e poi professato da Troplong, divide tutti i debiti tra gli acquisti immobili della società e gli acquisti mobili del marito, secondo il loro valore. L'ultimo, seguito da una decisione del 1823 e da altra di Caen del 1850, vuole che la società come una comunione ordinaria (2), sosten-

(1) Delaporte (art. 1498 (T)); Troplong (III, numeri 1836 e 1905-1909). — *Contra*: Bellot des Miniers (III, p. 24); Rolland de Villargues (alla parola *Comunione*, n. 637); Dalloz (alla parola *Contratto di matrimonio*); Zachariae (III, p. 319); Paolo Pont e Rodière (II-24).

(2) Bruxelles, 3 nov. 1823 (Questa decisione che Troplong dice di avere cercato indarno nelle Raccolte trovasi pur nondimeno alla sua data nel J. P.); Caen, 31 mag. 1828; Caen, 21 gennaio 1850 (*Vedi le tre decisioni in Dev.*, 50, 2, p. 193, 199). *Junge* Rouen, 29 giugno 1850, 22 luglio 1850 e

ga tutti i debiti... Di questi quattro sistemi deve ammettersi solo il terzo. Infatti i debiti contratti durante il matrimonio debbon togliersi da tutti gli acquisti fatti in tal tempo; dappicchè sono veramente beni e benelli quelli che rimangono, dedotti i debiti: *Non sunt bona, nisi deducto aere alieno*. Or avendo i coniugi diviso gli acquisti in due porzioni, i mobili da un lato, gli immobili dall'altro, è mestieri sì dividano i debiti anche in due parti in proporzione al reciproco valore degli acquisti; per modo che, se gli acquisti compongonsi per due terzi di immobili, e di mobili per un terzo, i debiti graveranno per un terzo sopra i mobili, per due sugli immobili... Invano, per affrancare la società di tutti i debiti, si pretende che in essa vi sia per la moglie un cottimo di comunione. La idea non regge; per esservi cottimo bisognerebbe che il dritto (privilegiato e libero di debiti) attribuito alla moglie sugli immobili, fosse la trasformazione e riduzione di un dritto (ordinario e su cui gravansi debiti) in una comunione più larga; ma non è così, poichè gl'immobili di cui la moglie prende la metà sono il solo oggetto della convenuta comunione. Invano anche, per sostenere che la società debba sostenere sola tutti i debiti, dicesi esservi beni quando tutti i debiti son pagati. Certo una società deve sopportare tutti i debiti, ma soltanto i suoi; or quei contratti nel tempo del matrimonio riguardano gli acquisti e non possono arbitrariamente imporsi ai soli acquisti immobili; in tutta la massa dei beni la natura mobiliare o immobiliare dei valori non importa per la contribuzione dei debiti: *universi patrimonii aere alienum onus est*; tutti gli acquisti devono pagare tutti i debiti, e tutti ugualmente.

Finalmente, appunto per questo, il secondo sistema deve esser tolto di mezzo siccome il primo ed il quarto. Gli acquisti devono pagare tutti i debiti; e poichè il con-

tratto di matrimonio ha divisa l'attivo in due parti, senza dir nulla del passivo che ha lasciato sotto il dritto comune, ogni porzione di beni dee dunque sostenere una parte, in proporzione del suo valore (1).

Un'ultima quistione fa sorgere la società di acquisti immobili, cioè, se ad essa, come ad una società di tutti gli acquisti od una comunione ordinaria, debba applicarsi l'art. 1408 (T).

Così quando il marito coi danari acquistati durante il matrimonio compra la metà di un immobile indiviso, di cui l'altra metà era sua, l'acquistata da lui gli sarebbe propria in virtù dello art. 1408 (T) a far parte della comunione d'acquisti immobili? Certo che sarà sua propria. Vero che l'articolo 1408 (T) stabilisce la sua regola con condizione di pagare alla comunione una indennità pei danari ch'essa ha potuto dare, impossibile qui, perchè il danaro di cui ha fatto uso il marito è suo e non della comunione; ma non havvi alcuna ragione o pretesto per non applicarsi l'articolo, e ci sorprende come nella specie surriferita ciò abbia servito come mezza di ricorso in cassazione; il caso d'indennità è un punto sussidiario, la cui regola principale non dipende per nulla dalla condizione di un danno cagionato; non è da far caso della mancanza di indennità ove risulti da mancanza di danno... Vero anche che la mancanza di danno e d'indennità si riferisce ad un regolamento diverso della comunione; ma questo anzichè valere contro l'applicazione dell'articolo 1408 (T) vale per esso; dappoichè la ristretta comunione di cui trattiamo, racchiudendo più beni propri della comunione ordinaria, come mai la prima farebbe comune ciò che è proprio anche nella seconda? Vero finalmente che il risultato può a prima vista sembrar doro per la moglie; ma è natural conseguenza della sua convenzione, nè può ella lagnarsene, poichè i danari con cui il marito si acquista

15 maggio 1851 (Dev., 54, 2. 385); Big., 3 agosto 1852 (Dalloz, 52, 1. 257); Caen, 12 nov. 1853 (Dev., 54, 2. 399). — Vedi anche nello stesso senso la dissertazione di Paolo Pont nella *Rivista critica* (I. III, p. 898).

(1) Siamo ritornati su tal punto nella *Rivista critica*, tom. III, p. 86 e seg., in cui confutiamo la contraria dottrina del procuratore generale Rouland.

un bene proprio le sarebbero stati propri dopo il contratto... A ragione dunque la quistione è stata giudicata in tal senso nel 1849 e 1850 da due decisioni di Ronen e dalla Corte suprema, citate sotto l'articolo 1408 (T) (n. I, § 5).

Se la moglie fosse comproprietaria dell'immobile indiviso, di cui una porzione è comprata dal marito, questa le diverrebbe ugualmente propria, poichè l'art. 1408 (T) si applica in tutti i casi in cui, secondo le regole ordinarie, l'immobile acquistato sarebbe della comunione; ma in tal caso domanderemo se una ricompensa sarà dovuta ed a chi. Che essa sia dovuta non è dubbio, poichè altrimenti la moglie si arricchirebbe (almeno per la metà dell'acquisto) a spese altrui, prendendo come propria e per sè una cosa acquistata con danari di cui niuna parte le spettava, e la sola metà poteva appartenere in caso di immobilizzazione. Ma a chi ed in quali limiti è dovuta la ricompensa? Si deve forse al

marito, perchè ha coi propri danari comprato una cosa per la moglie (in modo che questa gli dovrebbe l'intero prezzo dello acquisto)? od alla comunione di immobili, perchè questa senza il privilegio chiesto dalla moglie avrebbe serbato l'acquisto, e così ha sofferto una perdita di cui deve essere da quella indennizzata (in guisa che la moglie, accettando la comunione, darebbe conto al marito soltanto della metà del prezzo di acquisto)?... Bisogna attenersi a quest'ultima idea, non potendosi volgere contro la moglie una regola stabilita dall'articolo 1408 (T) per avvantaggiarla, e darle per una cosa che la legge dichiara esserle propria, meno dritti di quanto ne avrebbe se la cosa fosse comune. La moglie ha sempre il dritto di render l'acquisto proprio o comune a sua scelta, e la metà di esso non potrebbe sfuggirle. Ma pel debito del marito ogni idea di compenso trovasi tolta, perchè egli ha acquistato per sè con danari suoi propri.

SEZIONE II.

DELLA CLAUSOLA CHE ESCLUDE DALLA COMUNIONE I MOBILI IN TUTTO O IN PARTE.

1500 (T). — I coniugi possono escludere dalla comunione tutto il loro *mobile* presente e futuro.

Quando essi stipulino che ne metteranno

reciprocamente in comunione fino alla concorrenza d'una determinata somma o valore, si riterrà, per questo solo motivo, che se ne siano riservato il di più.

I. Esclusione totale o parziale dei mobili. Essa riceve differenti nomi e si offre sotto varie forme. Bisogna distinguere la clausola di esclusione da quella di collazione.

II. Clausola di esclusione. La esclusione è espressa o tacita. Essa risulta tacitamente dalla clausola d'impiego, benchè questo non

sia effettuato: errore di Battur.

III. L'esclusione di tutti o di una parte dei mobili trae seco la esclusione proporzionale dei debiti: controversia.

IV. Se la clausola offre due sensi, si riterrà quello che più si avvicina al diritto comune.

I. — La clausola di cui tratteremo in questa seconda sezione mira, del pari che la precedente, a restringere la comunione legale, escludendone dall'attivo tutti o una parte dei mobili dei coniugi.

Essa clausola che ci si porge dal Codice come una idea semplice ed unica, contiene (a prescindere da altre distinzioni meno importanti) due distinti aspetti che

Pothier giustamente ebbe separata, e dei quali si tratta nei due primi paragrafi del nostro articolo.

Riguardata in generale, cotesta clausola di esclusione totale o parziale dei mobili è stata variamente chiamata nella pratica ed ha pure varie forme. — Ora si dice *clausola di realizzazione*, perchè il coniuge volge in suo vantaggio o realizza, riserbau-

doseli propri, valori che secondo i principi generali dovrebbero entrare nella comunione; ora *clausola di immobilizzazione*, perchè essa trasforma in immobili o pureggia ad immobili, rendendoli suoi propri, tutti o parte dei suoi beni mobili; ora *stipulazione di beni propri*, perciocchè essa rende tali i beni che altrimenti sarebbero comuni; ora *clausola d'impiego*, ma solo nel caso in cui si dice che coi mobili riservati si acquisteranno immobili; ed ora finalmente *clausola di collazione*; quest'ultimo non conviene ad una particolare ipotesi che presenta l'una delle due idee principali, che saranno da noi nuovamente distinte, come più sopra. Sogliono anche chiamare beni propri *contenzionali* o anche propri *fittizi* (espressione meno esatta della prima) i beni che sono esclusi dalla comunione per convenzione delle parti. — La esclusione può stipularsi in quattro modi diversi, di cui tre rientrano nel primo paragrafo del nostro articolo ed il quarto nel secondo. Esiste infatti: 1° se un coniuge dichiara direttamente e positivamente voler escludere dalla comunione tutti i mobili o la tal porzione; 2° quando manifesta voler mettere in comunione la tal parte dei suoi mobili, in modo che il di più ne è escluso; 3° quando stipula che una somma di... da prendere sui mobili, sarà impiegata in immobili che gli sono propri, con ciò si realizza una parte del mobile (è questa la *clausola d'impiego*); 4° in fine quando dichiara mettere i suoi mobili in comunione fino alla concorrenza di tal somma o valore, il che costituisce la *clausola di collazione*.

L'espressione *clausola di esclusione* oltre il senso largo e generale che abbraccia le quattro ipotesi, ne ha uno più proprio col quale si oppone alla *clausola di collazione*. Queste due clausole di esclusione (*proprio sensu*) e di collazione, che Pothier distintamente trattava, l'una nel suo art. II (nn. 286-302) e l'altra nell'art. IV

(nn. 315-349), non son confuse nella nostra sezione. Il primo paragrafo del nostro art. 1500 (T) prevede solo la *clausola di esclusione*, ed il secondo, non che gli art. 1501, 1503 (TT), parlano della *clausola di collazione*.

Parliamo della *clausola di esclusione*.

II. — La realizzazione o esclusione della comunione si fa espressa o tacita. Se un coniuge dichiara mettere in comunione la tal somma da prendersi su di una maggiore o sulla tal porzione dei suoi mobili, il di più n'è tacitamente escluso. Come ben spiegava Pothier (317), il dire che se su i 20,000 fr., 10,000 entreranno nella comunione, o che se dei mobili del coniuge i tali e tal'altri entreranno in essa, vale che il rimanente non ci entrerà per nulla: *qui dicit de uno de altero negat*. Vi è anche tacita esclusione, allorchè si dice che una somma di... sarà impiegata dal coniuge in immobili: essa trovasi allora esclusa dalla comunione, e fatta propria dal coniuge. Battur contraddice tale idea (II-393), ed erroneamente insegna che vi è esclusione quando lo impiego si effettua. Se la somma è riservata per tale impiego, certo che l'è esclusa dalla comunione.

La Consuetudine di Parigi diceva: « la somma data per impiegarsi in compra di fondi, benchè non impiegata, è reputata immobile (art. 93) ». Si è sempre riconosciuto che l'adempimento dell'impiego non era necessario (1).

La esclusione è espressa, allorchè il coniuge dichiara direttamente voler escludere dalla comunione tutti o una parte dei suoi mobili. La *clausola* che ha per oggetto o tutti gli'immobili, o una parte di essi, come il terzo o la metà, o alcuni mobili specialmente determinati, può riferirsi o solo a' mobili presenti o solo ai futuri o agli uni ed agli altri. Allorchè il coniuge dichiara voler escludere i suoi mobili futuri, intendesi qui che avrà per successione, donazione o *fortune dono*, i quali non si

(1) Pothier (n. 327); Merlin (Rep., alla parola *Exclusion*, §§ 1 e 5); Rodière e Trolo Pont (II-66); Odier (loc. cit., nn. 713 e 741); Troplong (II, 1916-1917); Nomes, 19 dic. 1830. (J. P. alla sua

data). Quanto alla decisione di rigetto del 26 maggio 1835 (Dev., 35, 4, 835) citata nello stesso senso, essa non giudica la questione: statuisce nel caso in cui l'impiego fosse effettuato.

comprendono nella società d'acquisti, e non dei mobili provenienti dalle rendite de' beni o industria del coniuge; perchè escludendosi i beni dalla comunione, s'intende averne una; ma di che si comporrebbe ella se non dei prodotti dei beni e dell'industria?

III. Escludendo dall'attivo della comunione i mobili, i coniugi escludono di pieno dritto dal suo passivo i debiti corrispondenti. Chi riserbasi propri tutti i mobili presenti si grava di tutti i debiti presenti, e se esclude i suoi mobili futuri restano a suo peso i debiti delle donazioni e successioni.

Alcuni scrittori intanto, e specialmente Delvincourt e Battur (II-392), insegnano il contrario. Dicono essi, con tal dottrina la esclusione dei mobili sarebbe un caso uguale a quello di una società d'acquisti; se tal fosse il pensiero del legislatore, perchè avrebbe egli fatto due regole in due sezioni distinte, nel mentre era una sola sotto due nomi diversi? D'altro lato, siccome tutto ciò a cui non si è derogato dalle parti va soggetto alla comunione legale, ed i coniugi qui han composto altrimenti l'attivo, il passivo rimane composto come sempre. Come la clausola di *separazione di debiti* esclude il passivo senza modificare l'attivo, così la reciproca di *esclusione* di mobili deve restringere l'attivo senza modificare il passivo, solo quella di semplice comunione d'acquisti modifica in uno l'attivo ed il passivo. Il primo motivo non regge. La clausola di esclusione presenta delle volte il risulamento d'una stipulazione di comunione d'acquisti solo quando estendesi a tutti i mobili presenti e futuri ed è stipulata dai due coniugi; or siccome l'esclusione può anche riguardare i mobili presenti o futuri, o solo una parte di entrambi, o degli uni di essi, o alcuni mobili determinati, e può esser fatta da uno dei coniugi, o dall'uno meno estesamente e più dall'altro, ne segue che non è confusa nel Codice colla società di acquisti. L'argomento secondo è più strano e

cade innanzi gli articoli 1511 e 1514 (TT). Nell'antico dritto erasi disputato se il coniuge il quale promette di mettere nella comunione una somma stabilita oppure determinati oggetti, e che toglie così dall'attivo comune tutti i mobili, non debba perciò gravarsi di tutti i suoi debiti anteriori al matrimonio. Lebrun insegnava del no (1); ma confutavalo Pothier dicendo: « Se le Consuetudini gravano la comunione dei debiti mobiliari dei coniugi, anteriori al matrimonio, si è perchè fanno entrarvi tutti i loro beni mobili su i quali, secondo i principi dell'antico dritto francese, gravano tutti i debiti mobiliari. Ma se i coniugi han composto altrimenti la loro comunione, ed anzichè tutti i lor beni mobili vi han recato una determinata somma, o determinati corpi, si deve per una ragione inversa decidere che la comunione non debba gravarsi dei loro debiti anteriori al matrimonio, essendo questi un peso di tutti i beni: *Aes alienum universi patrimonii, non certarum rerum, onus est* (n. 352) ». Il Codice ha consacrato tal dottrina di Pothier nell'art. 1511 (T)... Altra controversia è se la moglie che stipula la ricupera di ciò che ha conferito, possa esercitarla in altro modo che rimborsando alla comunione i debiti anteriori al matrimonio da questa pagati. Lebrun era pel sì (2); ma Pothier confutando tale idea dimostrava che i principi equi del dritto permettono alla moglie di ritogliere il suo attivo mobile, gravandosi dei debiti mobili che ne sono inseparabili, *quum bona non intelligantur nisi deducto aere alieno* (n. 411); tal dottrina è ugualmente consacrata dal Codice nell'art. 1514 (T).

Qual dubbio adunque? Come mai il coniuge che nulla reca alla comunione sarebbe sgravato dai suoi debiti, nel mentre colui che le reca una somma stabilita, e molta forse, resta gravato dei suoi? Come la moglie è dispensata di pagare i suoi debiti, allorchè essa nulla ha conferito, nel mentre

(1) Lebrun (lib. II, cap. III, sez. 3, lib. III, cap. II, sez. 2, dist. 5).

(2) Vedi la nota 1.

è obbligata a pagarli per potere riprendere i beni che ha recato? La legge adotta il principio ricordato da Pothier, essere i debiti mobiliari un peso che grava su tutti i mobili, e la dottrina di Delvincourt e Battur doversi rigettare (1). Il coniuge che esclude dunque tutti interi i suoi mobili, presenti e futuri, dovrà pagare tutti i suoi debiti presenti e futuri (i debiti futuri son quelli delle successioni e donazioni da raccogliersi); colui che esclude solo i mobili presenti o i futuri, o una parte degli uni o degli altri o di tutti e due, soffrirà i debiti presenti o i futuri o una parte di essi. Quei che esclude una tal somma o i tali oggetti non soffre parte alcuna di debiti.

IV. — La clausola di cui trattiamo, facendo eccezione al dritto comune, dovrà intendersi restrittivamente. Quando adunque un coniuge dice che si riserba *tutti i suoi mobili*, vorrà dire i mobili presenti; vero bensì che potrebbe comprendervi i mobili presenti e futuri; ma tra i due sensi bisogna attenersi al più ristretto. Per la ragione medesima l'esclusione del mobile da pervenire per successione, non si estende a quello che pervarrebbe per donazione, e reciprocamente.

Ma non bisogna snaturare il vero senso

1501 (T). — Questa clausola costituisce il coniuge debitore verso la comunione della somma che ha promesso di conferirvi, e l'obbliga a giustificarne la collazione.

1502 (T). — La collazione è bastantemente giustificata riguardo al marito, colla dichiarazione apposta nel contratto di matrimonio che il suo *mobiliare* sia di un dato valore.

È bastantemente giustificata riguardo alla

della frase e restringerla oltre l'intenzione certa delle parti. Allorchè si è detto che i coniugi saranno in comunione *quanto ai beni mobili ed immobili che acquisteranno*, non si dirà con Pothier (n. 317) che la frase ha doppio senso; che le parole *essi acquisteranno* possano riferirsi ai mobili, o agli immobili, o solo a questi, doversi ammettere che i coniugi saranno in comunione in tutti i beni mobili (presenti e futuri) e per gli acquisti d'immobili, essendo questo il senso più conforme al dritto comune. La frase ha un sol senso, in cui le parole *che essi acquisteranno* si riferiscono necessariamente alla parola *beni* (mobili ed immobili) per forma che i mobili futuri sono i soli messi in comunione, propri restando i presenti. Se dopo aver detto che il coniuge esclude il suo mobile o i suoi mobili, senza dir dippiù, era poi nel contratto qualche passo che chiaramente indicasse trattarsi di mobili presenti e futuri, la esclusione dovrebbe ammettersi per questi come per gli altri. Ma quando la volontà delle parti è ambigua, ed il contratto può significare sì questa che quella idea, si deve attenere al senso il più conforme al dritto comune.

Parliamo ora della clausola di collazione.

moglie, colla quietanza che il marito rilascia ad essa, od a coloro che l'hanno dotata.

1503 (T). — Ciascuno dei coniugi ha diritto al tempo dello scioglimento della comunione, di riprendere e prelevare il valore di quanto gli effetti mobili seco portati al tempo del matrimonio, o pervenutigli posteriormente, oltrepassava la sua quota posta in comunione.

SOMMARIO

I. Clausola di collazione. Essa non sempre si effettua, e quando sì, imperfettamente. Conseguenza.

II Essa rende debitore della somma il coniuge,

che deve giustificare la sua liberazione. Come si faccia la prova de' mobili che si avevano al tempo del matrimonio, e di quelli dopo pervenuti.

(1) Toullier (XIII-325); Duranton (XV-50); Zachariae (III, p. 314); Paolo Pont e Rodière (II-73).

III. Il coniuge deve garantire il mobile che proviene da parte sua; e se trattasi di crediti, bisogna che sieno stati pagati: diffen-

renza per la prova tra il marito e la moglie. Il marito può imputare i suoi mobili deducendone i debiti.

I. — La clausola di collazione, diversa da quelle di cui si è parlato nell'art. 1500 (T), non produce sempre esclusione, e se mai una imperfetta. — Non ne produce, perchè escludendosi dalla comunione solo quei mobili del coniuge che oltrepassano la somma da lui promessa, e può ben darsi che tutti i mobili presenti e futuri non eccedano la somma, o non ne abbiano il valore. Se vi è un di più, questo non è colpito da una vera esclusione, nè diventa proprio; spetta come tutto il resto alla comunione, la quale è debitrice verso il coniuge d'una somma pari al valore del soprappiù. In tal caso il coniuge ha posto tutti i suoi mobili nei fondi sociali in pagamento del debito da lui contratto; la è una dazione in pagamento della somma da lui promessa; e la comunione acquista la proprietà di tutti i mobili salvo a renderne conto. Quando essa si scioglie, ed il valore dei mobili del coniuge oltrepassa la promessa somma, ritoglie il coniuge il valore del di più, e non può richiedere i mobili in natura, nè si può costringerlo a riprenderli: la comunione adunque si è fatta proprietaria di tali mobili, i quali per essa son cresciuti o diminuiti di valore.

II. — Per la convenzione di collazione il coniuge è debitore della promessa somma; per cui bisogna allo scioglimento della comunione che egli paghi tutta la somma o provi averla pagata coi suoi mobili entrativi in nome suo.

La giustificazione dei mobili recati al tempo del matrimonio può farsi (art. 1502 (T)) in modo assai semplice. Per quei della moglie basta la quietanza del marito o a

quelli che l'hanno dotata, sia nel contratto o in un atto posteriore, si può anche convenire (ciò che si fa spesso) che il fatto del matrimonio valga quietanza (1): può il marito non consentire che si celebri il matrimonio pria che abbia ricevuto le cose promesse. — Per quei recati dal marito non si richiede quietanza, perchè non potrebbe farsi dalla moglie, non avendo qualità per rappresentare la comunione; il marito non può far certo quietanza a sè stesso. La legge si contenta qui della semplice dichiarazione del marito nel contratto: la moglie pria di firmare, o i suoi consulenti, la verificheranno se esatta (2). Essa inoltre potrebbe provare con testimoni che nell'intervallo dal contratto, in cui trovansi la dichiarazione, alla celebrazione del matrimonio, il marito abbia mutato i suoi mobili in immobili, e la comunione non abbia ricevuto i mobili che il marito sembra aver recato: la frode può sempre provarsi con testimoni *fraus omnia corrumpit*. Quanto reca il marito e la moglie potrebbe provarsi con altri mezzi. Il dire, come l'articolo 1502 (T), che tali mezzi proveranno *abbastanza*, importa che ve ne sono altri che proverebbero anche e con più energia. Certo un inventario steso specialmente *ad hoc* è l'atto che fra tutti prova di più; e la legge, non per escludere ma per dispensare dallo stato in buona forma di cui parla l'art. 1499 (1394 M), vuole una prova meno rigorosa. Quanto ai mobili venuti durante il matrimonio, i mezzi per giustificarli son regolati dalla nota disposizione dell'articolo 1504 (T) (3).

Si riteneva altra volta che i mobili ve-

(1) Rig., 19 gennaio 1836; Caen (3 maggio 1845) (Dev., 36, 1, 198; 45, 2, 536); Orléans, 29 maggio 1855 (Dall., 56, 2, 62). Sic Paolo Pont e Rodière (t. II, n. 89). Truplong (t. III, n. 1967).

(2) Ma nel contratto di matrimonio in dichiarazione fatta dal marito di possedere mobili di tal valore consistenti in crediti, titoli, biglietti e danari disponibili, non basta a provare... quando poi allo scioglimento della comunione egli o i suoi rappresentanti prescolano solo in prova che i bi-

glietti, titoli e crediti, sono stati pagati, e d'una certa quantità di danaro versata nella comunione. Cass., 8 marzo 1852 (Dev., 52, 1, 497).

(3) Quando l'uno dei futuri coniugi, recando alla comunione un oggetto mobile di valore incerto, ha dato a questo un valore determinato e l'altro coniuge ha accettato lo stabilito valore, tal clausola costituisce un delitto che lega i coniugi a i loro eredi. — Parigi, 14 maggio 1853 (Dev., 54, 2, 729).

nuti durante il matrimonio, non contassero persoddisfare la promessa somma, la quale dovea torsi dai beni presenti; così i mobili venuti dopo entravano puramente nella comunione senza che si potrebbe dal coniuge nè volere il soprappiù del valore, se i due mobili rinniti oltrepassavano la promessa somma, nè fare a meno di compirne il pagamento, se i mobili del di del matrimonio non bastassero (Pothier, n. 296). Delvincourt, Battur (II-338) e Troplong (III-1963) dicono dover esser così sotto il Codice; ma l'inesattezza di tale idea esce chiara sì dall'art. 1500 (T). nel cui secondo paragrafo il pronome *ne* si riferisce ai mobili presenti o *futuri*, di cui parla il precedente, e soprattutto dall'art. 1503 (T) che dà facoltà al coniuge di ritogliere il dippiù del valore dei mobili da lui recati il di del matrimonio, o *renutigli dopo*.

Se il contratto del matrimonio, allontanandosi dai principj dei nostri articoli, dicesse che il coniuge si obbliga a mettere in comunione coi suoi mobili presenti, un valore dei suoi mobili futuri, che devono puramente e semplicemente entrare nella comunione, tal clausola si eseguirebbe come qualunque altra che le parti stipuleranno; ma quanto alla regola di Pothier che sorge chiaramente dal paragrafo primo del suo articolo secondo (nn. 287-296), e secondo cui il coniuge in ogni convenzione di collazione può soltanto imputare sul valore da lui promesso alla comunione i mobili presenti, ella è oggi falsa in faccia ai nostri articoli; ed il Codice detta una regola affatto contraria (1).

I mobili devono stimarsi secondo il valore che aveano il giorno in cui entravano nella comunione e non secondo quello del di dello scioglimento.

III.—Poichè la convenzione di collazione rende il coniuge debitore della somma da lui promessa, ne segue, ch'egli è garante

verso questa dei mobili che dà in pagamento, e non si conterebbero a scarico di lui quelli di cui essa sarebbe evitta... Nella comunione legale il coniuge reca i suoi mobili in quanto gli son propri, e con quei dritti che ha sovra' essi; qui invece è la tal stabilita somma che bisogna pagare, e se si rivendica dalla comunione taluna delle cose avute, queste non pagheranno più la somma (Pothier, n. 302). Pei crediti bisogna, onde imputarli sulla somma, che fossero stati pagati alla comunione: ma tra il marito e la moglie bisogna fare una distinzione, spettando al marito di procedere e far pagare i crediti della comunione. Si presume che i crediti provenienti dalla moglie siano stati pagati, o che non lo sieno per non curanza del marito, finchè questi giustificherà le procedure fatte in tempo utile, e rimaste vane; così la moglie avrà solo da provare l'esistenza dei crediti. Per quei del marito deve questi invece far la prova per ottenere la imputazione, o con contro-quitanze, o in altro modo, che il pagamento si è fatto.

Dallo stesso principio che il marito è debitore in faccia alla comunione della somma promessa, siegue parimente che i debiti che gravano sui suoi mobili devono sostenersi da lui e non dalla comunione. Non vi è propriamente separazione di debiti nel senso che i creditori del coniuge non possono volgersi contro i beni della comunione: tutti i mobili del coniuge essendo entrati in essa, i creditori possono perseguirli. Ma il coniuge deve renderle conto dei debiti che essa ha pagati per lui; a dir meglio, se il mobile proviene dal coniuge si sconterà sulla promessa somma scemandone i debiti. Senza di ciò il preteso conferimento del coniuge non sarebbe reale, e la somma di cui va debitore non si pagherebbe.

1504 (T).—Il *mobiliare* che perviene a ciascheduno dei coniugi durante il ma-

trimonio, deve risultare da un inventario.

Mancando l'inventario del *mobiliare* per-

(1) *Conf.*, Toullier (XIII-311); Duranton (XV-35); Zachariae (III, p. 523); Odier (II-754); Rodière e

Paolo Pont (II-99).

venuto al marito, od un documento proprio a giustificare la sua preesistenza e valore, detratti i debiti, il marito non può agire all'oggetto di ripigliare il mobiliare predetto.

Se la mancanza d'inventario concerne

il *mobiliare* pervenuto alla moglie, questa od i suoi eredi sono ammessi a provare, tanto con documenti, quanto con testimoni, ed anche col mezzo della pubblica fama, il valore di tali effetti.

I. — Tal disposizione applicata nella clausola di esclusione, ed in quella di colla-

zione, è spiegata sotto l'art. 1499 (1394 M), numero III.

SEZIONE III.

DELLA CLAUSOLA DI MOBILIZZAZIONE.

1505 (T). — Quando i coniugi ed uno od in parte i loro immobili presenti o fu-

turi, questa clausola si denomina *mobilizzazione*.

SOMMARIO.

I. Clausola di mobilizzazione. Essa può avere per effetto di stabilire, come quella di immobilizzazione, l'uguaglianza fra i due coniugi.

II. Varie specie di mobilizzazione. Una di queste specie costituisce la comunione universale. Rimando per la confutazione di più errori.

III. La clausola di mobilizzazione è di dritto scritto: conseguenze: errore di Toullier e di Baitur.

IV Il suo effetto si restringe alla composizione dell'attivo della comunione. — Il minore può stipularla, come qualunque altra clausola.

I. — Siccome i coniugi possono restringere la comunione ordinaria, escludendone dall'attivo tutto o una parte dei loro beni mobili, che in tal modo sono *immobilizzati*, cioè assimilati agli immobili, così possono del pari estendere la comunione oltre il comune dritto, col farvi entrare tutti, o una parte dei lor beni immobili, che saran così stimati mobili per la composizione dell'attivo sociale. Questo è il fine della clausola di *mobilizzazione*.

Le due clausole opposte d'immobilizzazione dei mobili, e di mobilizzazione degli immobili saranno spesso pei coniugi i mezzi di stabilir tra loro un'uguaglianza, che per la condizione scambievolmente non risulterebbe dalla comunione legale. Di due coniugi, ciascun dei quali possiede 100,000 fr., in immobili l'uno, in mobili l'altro, mobilizzi il primo la metà dei suoi averi, ed il secondo immobilizzi la metà sua, ciascun di essi avrà messo in comune un u-

guale valore e ne serberà proprio un altro uguale, nel mentre l'adozione della comunione legale avrebbe ridotto a zero il patrimonio dell'uno, ed avria serbato all'altro per intero il suo di 100,000 franchi. Ma tali clausole debbono essere stipulate a tal fine; ed i coniugi non hanno da rendere conto del motivo che li ha fatto ad esse ricorrere, salvo l'applicazione, se fosse di bisogno, del dritto di riduzione riserbato dall'art. 1527 (T) ai figli che avrebbe l'un dei coniugi da un primo matrimonio.

II. — La mobilizzazione è generale o particolare. Generale, se ha per oggetto tutti o una parte sia degli immobili presenti, sia dei futuri o di presenti e futuri.

Dicesi particolare quando ha solo per oggetto o tutti o una parte d'uno o di più immobili espressamente indicati, e non facendo di bisogno che l'indicazione sia individuale per essere speciale, sarebbe una particolare mobilizzazione l'indicare collet-

tivamente gl'immobili della tal provincia, della tal comune, o del tal cantone.

Ma val poco la distinzione di generale e particolare mobilitazione. La sola distinzione di cui è mestieri intrattenersi è quella in mobilitazione determinata ed indeterminata, ossia in perfetta ed imperfetta, come si vedrà nel seguente articolo.

Essendovi mobilitazione perfetta di tutti gl'immobili, presenti o futuri, o l'uno e l'altro; a dir meglio dichiarando che tutti gl'immobili faran parte della comunione, tale stipulazione, se fatta nell'ugual modo dai coniugi, costituisce la *comunione generale* di cui la legge tratterà nell'art. 1526 (T). — Questa comunione di tutti i beni, la quale, dice un distinto scrittore (1), non deve confondersi colla clausola di mobilitazione, è al contrario una delle specie di questa. Ciò è così vero che Pothier soltanto nel paragrafo *delle varie specie di mobilitazione* (§ 1, n. 304) trattava della comunione di tutti i beni; e se il Codice, a cagione della sua importanza, ha creduto farne l'oggetto d'una special sezione, ciò (siccome lo riconoscono tutti gl'i scrittori) non muta la natura delle cose; e Mourlon indicando una pretesa differenza negli effetti delle due clausole, mette innanzi un grave errore. Nel mentre la clausola di comunione di tutti i beni fa entrar tutti gl'immobili nella comunione, e permette al marito di alienare quei della moglie, la semplice clausola di mobilitazione che farebbe la moglie di tutti i suoi mobili, non ve li fa entrare, ci dice, e non permette al marito di alienarli. Or questo è un errore; tosto che la moglie ha col suo contratto mobilitato tutti i suoi immobili, questi non le son più propri, ma beni comuni pari ai mobili di cui prendono fittiziamente la natura, ed il marito ha diritto di alienarli. Ritorniamo su tali idee, rilevandone poi una inesatissima di Demante,

la quale par sia il principio dell'errore di Mourlon.

III. — La clausola di mobilitazione essendo una convenzione che deroga al diritto comune, ne segue: 1° che non si può riconoscere se non dove è formalmente espressa; 2° che stipulata per un caso, non potrebbe estendersi ad un altro; 3° che deve interpretarsi restrittivamente, in guisa che se può intendersi in due sensi, bisogna attenersi a quello che si allontana il meno dal dritto comune.

Nel mentre adunque vi è, siccome or lo vedremo, mobilitazione (imperfetta) quando un coniuge dichiara *mettere i suoi immobili in comunione fino alla concorrenza d'una somma di...* non esisterebbe invece la mobilitazione, se il coniuge dicesse soltanto che *recherà questa somma medesima da prendersi sopra i suoi immobili*, se non bastassero i mobili. In tal ultimo caso infatti gli immobili son solo indicati come obbligati al pagamento della somma; nè in alcun modo essi fan parte del fondo comune. Si può dire esservi mobilitazione quando si è detto che i mobili si *mobilitano*, ovvero *entrano nella comunione*, ovvero *assumono l'indole di beni della comunione (conquêts)*. In breve quando il contratto in un modo qualunque (non essendovi espressioni sacramentali) manifesti che gl'immobili si riguarderanno come mobili per comporre l'attivo sociale (2).

Parimente se dicasi nel contratto che i beni immobili che perverranno *per successione* vanno nella comunione, la mobilitazione non si estenderà a quelli che perverranno *per donazione*; e *viceversa*.

Da ultimo se un coniuge dichiara di mettere in comunione *tutti i suoi immobili*, senza aggiunger altro, tal clausola che può intendersi o per tutti gl'immobili *presenti*, od anche per tutti i *presenti o futuri*, qui si dovrà intendere nel primo senso.

(1) Mourlon (*Ripetizioni sul terzo esame*, pagina 83, par. 5).

(2) Giudicato parimente che sotto la regola della comunione ridotta agli acquisti, cioè sotto una regola che dalla comunione escluda gl'immobili presenti; l'estimo fatto da uno dei coniugi del va-

lore di ciò che egli ha conferito in mobili ed immobili, non mobilita gl'immobili presenti, nè li fa entrare nella comunione. Cass., 14 nov. 1835 (Dev., 56, 1, 11). — Vedi Paolo Pont e Rodière (t. II, n. 113); Odier (t. II, n. 804); Troplong (n. 1986).

Toullier (XIII-333), seguito in tal punto da Battur (II-395), ebbe a di lungo insegnato il contrario; ma i suoi argomenti, che Duranton crede troppo futili perchè si dovessero rigettare per singolo, non potrebbero in fatti sostenere la disamina. Egli è chiaro che qualunque derogazione al dritto comune deve ammettersi in faccia d'una volontà certa. Egli è chiaro inoltre che quando il coniuge dichiara di mobilitizzare tutti i suoi immobili, senz'altro, non si può esser certi se egli intenda parlare degli immobili futuri, come anche dei presenti; la sua volontà certa per i presenti, è incerta e dubbiosa per gli altri; e siccome nel dubbio bisogna appigliarsi al dritto comune, gl'immobili futuri rimarranno propri. Ma se qualche frase posteriore del contratto spieghi la prima nell'altro senso; se si dica, a mò d'esempio, che si farà eccezione alla mobilitizzazione degli immobili per quelli che debbano pervenire al coniuge dalla tale successione, allora non v'ha più dubbio che si vogliono anche mobilitizzare gl'immobili futuri, i quali quindi andranno nella comunione, tranne quelli indicati per eccezione. Ma all'infuori di questo caso, usandosi le semplici parole *tutti gl'immobili*, si mobilizzeranno i soli presenti (1).

Ma si comprenderanno fra i presenti quelli che un coniuge acquista nell'intervallo dalla firma del contratto alla celebrazione del matrimonio? Tal quistione è sorta solo per quelli acquistati a titolo gratuito, poichè questi, comprandosi dal coniuge in quello intervallo, son dichiarati comuni, anche sotto la comunione legale, dalla disposizione dell'articolo 1402-2 (T); ma *quid* per quelli che il coniuge raccoglierà in quel termine per successione o donazione? In principio, questi immobili saranno soggetti alla clausola e considerati per comuni. Dalla celebrazione del matrimonio incomincia la comunione ed ha effetto il contratto; or se il coniuge si marita senza aver immutato il suo contratto per gl'immobili pervenu-

tigli, è ben semplice che egli intende mettere in comunione tutti gl'immobili presenti al momento stesso in cui questa comincia. Ma il principio non si potrebbe più applicare per una successione od un legato, la cui apertura s'ignora dal coniuge al tempo del matrimonio. Infatti allora non si può esser certi che il coniuge abbia inteso comprendere nella mobilitizzazione tali immobili; nessun indizio della sua volontà si potrebbe ricavare dal non avere immutato il contratto, poichè egli non sapeva di dover possedere nuovi immobili: forse egli stimava riserbarsi propri; essendo dubbio se egli abbia compreso negli immobili presenti quelli che gli sarebbero potuto appartenere al tempo del matrimonio, del pari che quelli che gli appartenevano nel giorno del contratto, non deve a questi ultimi applicarsi una clausola che deroga al dritto comune.

IV. — Non è d'uopo dire addippiù che la mobilitizzazione trasmette fittiziamente i beni per ciò che riguarda la composizione della comunione, e che gl'immobili mobilitizzati conservano la loro vera natura di beni immobili, sotto qualunque altro rapporto, ed anche per rispetto alle regole della loro alienazione per parte del marito. Così il marito non potrebbe (se non per il collocamento di figli comuni) donargli fra vivi; egli non potrebbe sostenere che l'art. 1422 (T) parla solo d'immobili, nel mentre che questi beni han perduto questa qualità di immobili, entrando nella comunione, ove stanno a titolo di mobili. I beni si reputano mobili per ciò solo che divengono comuni, invece di restar propri; ma questi sono i beni comuni immobiliari.

Parimente il minore può fare nel suo contratto di matrimonio una convenzione di mobilitizzazione, come qualunque altra. Le difficoltà sorte per ciò nell'antico dritto, e le condizioni o restrizioni a cui tal facoltà è stata soggetta (2), non potrebbero oggi aver più lunga, stante l'art. 1398 (1352).

(1) Delvincourt (I. III); Duranton (XV-57); Zachariae (III, p. 529); Bellot (III, p. 412); Odier (II-805); Rodière e Paolo Pont (II-143); Duvergier (supra Toullier); Troplong (II-1386).

MARCADE, vol. III, p. I.

(2) Ricard (sopra l'art. 200 della *Consuetudine di Parigi*); Bacquet (*Dritto di giust.*); Duplessis (*Comunione*, lib. 1, cap. 2), Polhier (n. 306).

Il minore, purchè assistito da coloro il cui consenso gli è necessario per maritarsi, può consentire, come il maggiore, tutte le

convenzioni di cui è suscettibile il contratto di matrimonio (1).

1506 (T). — La *mobilizzazione* può essere determinata o indeterminata.

È determinata quando il coniuge ha dichiarato semplicemente di *mobilizzare* e di porre in comunione un dato immobile nella sua totalità, o sino alla concorrenza di una data somma.

È indeterminata quando il coniuge ha semplicemente dichiarato di conferire nella comunione i suoi immobili sino alla concorrenza di una data somma.

1507 (T). — L'effetto della *mobilizzazione* determinata è quello di rendere lo immobile o gli immobili che vi sono assoggettati, beni della comunione, come i mobili stessi.

Quando l'immobile o gl' immobili della moglie sono stati *mobilizzati* nella totalità, il marito ne può disporre come degli altri effetti della comunione, ed alienarli per intero.

Se l'immobile non è *mobilizzato* che per una data somma, il marito non può alienarlo che col consenso della moglie;

può però ipotecarlo senza il di lei consenso sino alla concorrenza soltanto della porzione *mobilizzata*.

1508 (T). — La *mobilizzazione* indeterminata non rende la comunione proprietaria degl'immobili che vi sono stati assoggettati; il suo effetto si limita ad obbligare il coniuge che vi ha acconsentito a fare entrare nella massa, allorchè la comunione si scioglie, alcuni dei suoi immobili sino alla concorrenza della somma da lui promessa.

Non può il marito, come nell'articolo precedente, senza il consenso della moglie alienare in tutto, od in parte gli immobili, sopra i quali è stabilita la *mobilizzazione* indeterminata, ma può ipotecarli sino alla concorrenza di tale *mobilizzazione*.

1509 (T). — Il coniuge che ha *mobilizzato* un fondo, ha la facoltà nell'atto della divisione di ritenerlo, computandolo nella di lui porzione per il valore attuale; e i di lui eredi hanno lo stesso diritto.

SOMMARIO

- I. *Distinzione della mobilizzazione in determinata ed indeterminata. Essa è stata mal presentata da Pothier, benchè in sostanza poi sia esatta la sua dottrina.*
- II. *I nostri compilatori, che non la compresero bene, l'applicarono malamente nell'articolo 1506 (T), il quale d'altronde vien contraddetto dagli art. 1507, 1508 (TT).*
- III. *Dottrina degli interpreti. Confutazione del si-*

stema di Rodière e Paolo Pont e di Troplong, non che di quello di Demante.

- IV. *Elenco e schiarimento delle proposizioni già incidentalmente spiegate.*
- V. *Effetti della mobilizzazione determinata o perfetta.*
- VI. *Effetti della mobilizzazione indeterminata o imperfetta.*

I. — Le idee porte in questi articoli e nei lavori che precressero o ne accompagnarono la compilazione, sono così mal pensate, così illogiche ed incoerenti, quanto altre mai.

La distinzione della *mobilizzazione* in *determinata* ed *indeterminata* ha fatto che il Codice, secondo Pothier, stabilisse i vari effetti della clausola che forma lo oggetto della nostra sezione. — Dobbiamo

(1) Pothier (n. 306) e Delvincourt (t. III, p. 81); Bellot (t. III, p. 131); Duranton (t. XIV, n. 14); Rodière e Paolo Pont (t. II-n. 154); Magnin (Mi-

nore età, t. II, nn. 1172, 1173); Frémerville (ibidem, n. 960).

danque determinare in prima il carattere che distingue queste due classi di mobilitazione; ciò che non trovasi in modo soddisfacente nè nel Codice, nè nei lavori preparatori e nemmeno in Pothier. Questi, dopo aver distinto la mobilitazione generale e particolare, nel suo numero 304 parla della prima; dopo, definendo nel n. 305 la particolare, aggiunge che *tal mobilitazione è determinata o indeterminata*; in modo che un primo e capitale vizio della sua spiegazione sta nell'aver lasciato fuori di quella distinzione le mobilitazioni generali e presentato le mobilitazioni determinate ed indeterminate come una semplice suddivisione delle particolari. A questo primo vizio un secondo vien dopo, per cui le idee dello scrittore si contraddicono colla sua prima frase; poichè dopo aver detto la mobilitazione essere determinata, se il coniuge mette nella comunione il tale o il tal altro immobile, aggiunge essere indeterminata se il coniuge mette in comunione i suoi beni immobili sino alla tal concorrenza, o una determinata somma da prelevare sopra i suoi immobili, i quali fino alla concorrenza si reputano beni della comunione. Or dalle spiegazioni dello stesso Pothier sorge chiaro, e d'altronde è per sè stesso manifesto, che mettendo così generalmente in comunione i suoi beni immobili, ciò importerebbe una mobilitazione generale; in guisachè Pothier porge la distinzione delle mobilitazioni determinate ed indeterminate, come suddivisione delle particolari, e per l'incontro spiega dopo quella indeterminata con esempi di mobilitazioni generali. E per vero la divisione delle mobilitazioni determinate ed indeterminate abbraccia quelle generali e particolari, ed egli stesso lo riconosce poche pagine dopo, trattando nel suo III° paragrafo (n. 307) degli effetti delle mobilitazioni determinate sì generali che particolari. Parimente nel suo IV paragrafo (n. 313) spiega gli effetti della mobilitazione indeterminata generale; e nemmeno fa cenno di quella indeterminata partico-

Strana spiegazione che comincia col far credere che le mobilitazioni determinate e indeterminate sieno tutte particolari, e che nello sviluppo c'insegna esservi mobilitazioni determinate generali, non che particolari, ed anche delle indeterminate generali; e che farebbe anche supporre che non esista la indeterminata particolare!... Pothier infatti spiega la determinata generale e la particolare, l'indeterminata generale; ma in nessun luogo si è occupato dell'indeterminata particolare, ed appunto tal silenzio di origine alla bizzarra teoria del Codice Napoleone.

Eppure dobbiamo riconoscere che se la dottrina di Pothier è così viziosa in quanto alla forma, in sostanza è poi esatta non solo, ma ben'anche facilissima ad apprendersi. Da un canto infatti, non v'ha dubbio che Pothier ammette la mobilitazione indeterminata particolare (benchè non si dia la pena di svolgerlo), poichè appunto di essa egli diceva: *È determinata o indeterminata*. Dall'altro, sorge chiaro che egli chiama mobilitazioni determinate quelle che mettono gl'immobili in comunione puramente, semplicemente ed assolutamente; ed indeterminate quelle che ve li mettono fino alla concorrenza d'una determinata somma. E ciò è ben giusto; poichè se gli immobili sono dichiarati comuni in sè stessi, assolutamente, senza restrizione alla tal somma o valore, si sa immediatamente che cosa diventa comune: l'immobile o gli immobili che formano l'oggetto della dichiarazione; la clausola adunque determina quali cose sono mobilitate, ed in tal caso haavi mobilitazione determinata. Per l'incontro, se gl'immobili son dichiarati comuni fino alla concorrenza di tal somma, restando quindi propri dei coniugi per la parte del loro valore eccedente, egli è impossibile di distinguere e separare ciò che divien comune e ciò che resta proprio, e mostrare da un lato i beni della comunione e dall'altro quelli dei coniugi; in tal caso la clausola, facendo desiderare ciò che essa non fa, non determina la cosa mobilitata, e la mobilitazione quindi è indeterminata...

Tali idee contenute dentro alla dottrina di Pothier, non gli sono però proprie. Esse erano unanimemente riconosciute da tutti i nostri antichi giureconsulti; e Renousson e il Novello Denizart (1), conformi a Pothier nella sostanza, ma più chiari nel dettato, dichiarano indeterminata qualunque mobilitazione fatta fino alla concorrenza d'una somma, come pure quella che riguardi più immobili o un solo o tutti gl'immobili. E noi insistiamo sopra gli scritti di Pothier per questo doppio motivo; perchè egli fu preso di guida dai nostri compilatori, ed in lui possiamo trovare (e troviamo infatti) la causa e la spiegazione della strana compilazione dei nostri articoli; e perchè la cattiva esposizione di Pothier, potendo divenire una causa d'errore, un'arma contro la verità per coloro che non la esaminino sufficientemente (come Troplong), è indispensabile che se ne analizzi accuratamente tutta la dottrina, per farne spiccare il senso.

È semplice ed esatta la dottrina del giureconsulto d'Orléans, benchè mala espressa. Il mobilitare mobili puramente e semplicemente, importa mobilitare DETERMINATEMENTE; se io mobilito il mio immobile A, o i miei immobili A e B, o i miei immobili del tal cantone, della tal comune, ec., è questa mobilitazione *determinata particolare*; se io mobilito in tal modo tutti i miei immobili (presenti soltanto o futuri, o presenti e futuri), è questa mobilitazione *determinata generale*. Tutte le volte invece che io mobilito immobili fino alla tal concorrenza, la mobilitazione è INDETERMINATA, ed è anche *indeterminata generale* o *indeterminata particolare* secondo la sopraddetta distinzione.

II. — Era dunque ben facile ai compilatori del Codice esporre una teoria chiara,

riproducendo più correttamente le idee di Pothier (ed in modo anche più completo; poichè havvi un'ultima quistione non prevista nè da Pothier nè dal Codice, che può svolgersi coi principi sopradetti). Ma i compilatori eran pratici e non giureconsulti, più usi alle idee di applicazione e di ragguaglio, che alle generali, da cui procedono le prime; ed invece di vedere nelle spiegazioni della lor guida tali idee generali, i principi che sono il fondamento della sua dottrina, vi han solo visto e compreso quelle, dirci, materializzate dagli esempl. Ed avendo Pothier svolto in tal modo solo la mobilitazione determinata generale e la particolare, e la indeterminata generale, senza far rispiccare del pari la mobilitazione indeterminata particolare, i nostri compilatori non han compreso quest'ultima, ed han fatto della clausola che mette in comunione il tale immobile fino alla concorrenza di una somma di... una mobilitazione determinata. « La mobilitazione è determinata, dice l'art. 1506 (T), quando il coniuge ha dichiarato di mobilitare il tale immobile nella sua totalità o fino alla concorrenza di una certa somma ». Ma i nostri compilatori si son poi smentiti confutando le parole da essi usate, per le cose stesse che bisognavano dimostrare... Infatti, allato della definizione verbis dell'art. 1506 (T), il Codice negli articoli 1507 e 1508 (TT) ci dà una definizione *ipso re* che mostra esser falsa la prima.

Secondo l'articolo 1506 (T) vi sarebbe mobilitazione determinata: 1° quando uno o più immobili son posti per intero nella comunione (2); 2° quando un immobile vi è posto fino alla concorrenza di una determinata somma; vi sarebbe mobilitazione indeterminata quando il coniuge mette in comunione i suoi immobili fino alla concor-

(1) Renousson (*Beni propri*, cap. 6, sez. 8, n. 16); Novello Denizart (alla parola *Mobilitazione*, n. 3).

(2) Nel sistema del Codice la mobilitazione determinata dalla prima classe può abbracciare tutti gli immobili od un solo; a dir meglio può esser generale e particolare; e solo la pretesa mobilitazione determinata dalla seconda classe, secondo tal sistema, sarebbe sempre particolare. Se ne ha la prova nel tre paragrafi dell'articolo 1507 (T), di

cui i due primi, relativi alla mobilitazione della prima classe, parlano del suo effetto *sull'immobile o gl'immobili*, nel mentre l'ultimo, relativo alla mobilitazione della seconda classe, parla d'un solo immobile. Confuteremo poi la contraria teoria di Demante, secondo cui la mobilitazione determinata dalla prima classe deve egualmente esser particolare.

renza di una data somma.

Tale è la definizione secondo le parole. Vediamola ora secondo le cose, e se la mobilitazione di un immobile fino alla concorrenza di una somma di... sarà anche determinata.

Che ne dicono gli art. 1507 e 1508 (TT)? « La mobilitazione *determinata* è quella che rende la comunione proprietaria degli immobili, come se fosser mobili, per cui permette al capo della comunione di alienarli (1507, § 1 (T)). La mobilitazione *indeterminata* invece, non rende proprietaria la comunione; non permette al capo di alienare i beni, ma l'autorizza ad ipotecarli (1508 (T)).

« Or quando un immobile è mobilitizzato fino alla concorrenza di una somma di..., la comunione non ne è proprietaria, il suo capo non può alienarlo ma solo ipotecarlo (1507, § 3 (T))... » Si può più chiaramente stabilire che mettendosi in comunione un immobile fino alla concorrenza di una somma di... si fa una mobilitazione *indeterminata*?

In poche parole, la mobilitazione di cui trattasi è *qualificata* dal Codice mobilitazione determinata, ma *realmente*, secondo lo stesso Codice, è indeterminata, come lo dice il buon senso ed i principi di Pothier e di altri antichi scrittori.

Se strana è la contraddizione su tal punto dei compilatori, non lo è meno il modo con cui lo trattarono gli oratori ufficiali, quando si adottò la legge. Berlier nella sua esposizione dei motivi (1) non ne parla, come nemmeno della comunione convenzionale, e dice che le disposizioni che la compongono saran tutte *facilmente capite* e basterà a farle intendere ed apprezzare *la sola lettura!* Duveyrier nel suo rapporto al Tribunato è in vero più esplicito; ma la sua pretesa analisi è peggiore del silenzio di Berlier. Dopo aver detto potersi mobilitizzare o tutti gl'immobili o una parte, soggiunge (2): « La mobilitazione è una finzione con cui i coniugi possono mettere

in comunione una somma stabilita da prendersi sovra l'immobile determinato, o senza determinazione su tutti gl'immobili in generale. Allora la cosa mobilitizzata è a disposizione del marito, padrone della comunione, come qualunque altra cosa mobilitare!!! » La strana analisi di Duveyrier, tuttochè versi sulla determinazione ed indeterminazione, nota poi le mobilitizzazioni indeterminate, dando alla mobilitazione l'unico scopo di mettere in comunione una determinata somma; e come fosse poca questa prima eresia, egli crede che la mobilitazione così fatta per una determinata somma abbia un effetto che non può avere, e che i due art. 1507 e 1508 (TT) esplicitamente le ricusano!.

III.—Quanto agli interpreti del Codice, gli uni (3), senza abbastanza spiegarsi su ciò, han pari a noi criticato le contraddittorie disposizioni dei nostri articoli e riconosciuto che la mobilitazione del tale immobile sino alla concorrenza di una somma di... benchè qualificata determinata è realmente indeterminata; ma altri, Rodière e Paolo Pont e Troplong, han preteso giustificare i nostri articoli provando che la mobilitazione suddetta è davvero determinata; finalmente Demante non solo rigetta la falsa distinzione dell'art. 1506 (T), ma colla sua spiegazione la rende più incosulto che non sia nel Codice.

Paolo Pont e Rodière (II, 149, 150 e 163) e poi Troplong (III-1990 e 2000) han fatto sforzi degni d'una miglior causa per difendere l'articolo 1506 (T), giustamente censurato. Secondo essi, con discernimento i nostri compilatori distinsero in due classi le mobilitazioni determinate, e mutarono in mobilitazione determinata di seconda specie quella particolare presentata altre volte come indeterminata.—L'han fatto, dicono essi, perchè da un lato il mettere in comunione fino alla concorrenza di una determinata somma uno o più immobili *specialmente indicati*, presenta una mobilitazione che senza essere perfettamente de-

(1) Fenet (t. XIII, p. 675, 680, 742).

(2) Fenet (ibid).

(3) Toullier (XIII, 329); Duranton (XV, 62); Zachariae (III, p. 328); Odier (II, 802).

terminata, lo è molto più di quella che mette in comunione fino alla concorrenza di una somma di. . . *tutti gli immobili dei coniugi*; e perchè da altro lato la mobilitazione d'un immobile *per una determinata somma* non distingue dalla mobilitazione (incontrastabilmente determinata) dello immobile *per una parte* (un terzo, un quarto, cc.); e che i due modi si confondono, e il Codice ha voluto pareggiarli. Del resto, aggiungono, tal sistema *prevalera già negli ultimi tempi dell'antica giurisprudenza*, e tale era specialmente *la dottrina di Pothier* (Troplong). Diccono finalmente, non essere esatto pretendere che la mobilitazione determinata della seconda specie produca, secondo il Codice, lo stesso effetto della indeterminata, perchè l'articolo 1507 (T), § 1°, dichiara che ogni mobilitazione determinata, quella della seconda specie, come quella della prima, rende la comunione proprietaria, e perchè l'art. 1508 (T) chiaramente esprime come la mobilitazione indeterminata non produca tale effetto. Qual dovere di commentatore adunque, bisogna accettare i termini della legge, prenderla tale quale è, spiegarla anziché rifarla.

Ciò non è esatto in nessun punto. Non è vero infatti che i compilatori abbiano scritto l'articolo 1506 (T) affine di recare un logico mutamento all'antica dottrina, ed implicitamente e identicamente regolare colla mobilitazione di un immobile per una somma la mobilitazione di esso per una parte. È chiaro invece, secondo le sopradette spiegazioni, che nè essi, nè i membri del Tribunale han compreso i principi della nostra materia; e snaturarono il sistema di Pothier in un punto che non fu rilevato come gli altri, con esempli, per cui si trovarono senza guida, senza luce; e nulla dissero della mobilitazione di un immobile per una parte, perchè Pothier non ne avea detto cosa alcuna.

È chiaro d'altra parte, che se la mobilitazione per una determinata somma di un

immobile specialmente indicato è *meno indeterminata* di quella di tutti gl'immobili, è sempre indeterminata, differentemente dalla mobilitazione di uno immobile per una parte; essa, come lo dice Toullier (numero 330), si riferisce ad una parte *determinata* dello immobile determinato, mentre la prima si riferisce ad una parte *indeterminata* dell'immobile determinato. Lo stesso Troplong, nelle pagine in cui combatte tal verità, la fa invece ben rispiccare (n. 2000). Dopo aver detto che se un immobile mobilitato *fino alla concorrenza* di 20.000 fr. ne vale 60.000, è per ciò mobilitato per un terzo, e la comunione ne ha la proprietà *per questo terzo*, per forma che i due modi di mobilitazione sono una cosa stessa, aggiunge egli che il primo è da preferirsi, essendo possibile che si formino i fr. 20.000 col vendere *meno del terzo* (come anche potrebbe reciprocamente accadere, secondo le circostanze, vendendosi *più del terzo*). S'egli è così, se la vostra mobilitazione d'una parte d'uno immobile lo mobilita forse per un quarto e forse per metà, come dite dunque che sia la cosa medesima d'una mobilitazione *fatta per un terzo*? Non determinando la vostra clausola ciò che diverrà mobile e ciò che resterà immobile, come dite che la è mobilitazione *determinata*?—Troplong non si spiega più felicemente, allorquando dice (n. 1990) che la sua dottrina era *quella di Pothier e l'opinione prevalente negli ultimi tempi dell'antica giurisprudenza*.

Il sapiente magistrato, sì abbondante e ricco di particolari, qui ci rinvia per la prima asserzione al n. 313 di Pothier, e per la seconda al n. 8 dell'articolo *mobilitazione* del Repertorio di Merlin. Ma da nessuna parola del n. 313 si può dedurre l'annunziata dottrina, ed il n. 8 dell'articolo del Repertorio (ove dovrebbero trovarsi le indicate autorità costituenti l'*opinione dominante*) non è altro che la riproduzione testuale dello stesso n. 313 (1).—Non è vero da ultimo che il fine della mobi-

(1) Il n. 313 di Pothier contiene, è vero, su di un punto una dottrina che apporta un cambia-

mento alle precedenti idee, ma non può esser quella a cui allude Troplong; perchè essa non si riferisce

lizzazione, falsamente detta determinata dall'art. 1506 (T), sia diverso da quello della mobilitazione indeterminata; il testo invocato da Rodière e Paolo Pont e da Tropolong confuta il loro sistema. Dice il Codice che ogni mobilitazione determinata rende la comunione proprietaria, come se si trattasse di mobili, e le permette di alienare (art. 1507 (T), par. 1), nel mentre la mobilitazione indeterminata non la rende proprietaria, e dà al suo capo il solo dritto d'ipotecare e non di alienare (articolo 1508 (T)); ma giusto da ciò è condannata l'idea dei nostri contraddittori, poichè la mobilitazione di cui trattiamo non rende la comunione proprietaria, e non dà al suo capo il dritto di alienare, ma solo quello di ipotecare! È dunque indeterminata.

In vano qui si ricorre ad una sottigliezza che altro non è che accozzamento di parole; ma tale espediente vien meno come gli altri.

Si dice che se i dritti della comunione hanno nei due casi *lo stesso effetto*, son pure *in se molto diversi*; infatti nel caso dell'articolo 1508 (T) tal comunione non è dichiarata proprietaria, mentre l'articolo 1507 (T), paragr. 3, nulla ne dice, lasciando alla comunione il dritto di proprietà derivante dall'essere determinata la mobilitazione... È da senno tal idea? Che! ne' due casi la facoltà consiste nè più nè meno *in potere ipotecare, e non già*

alienare, e si ammetterebbe non essere identica dall'uno all'altro caso! Da un lato sarebbe essa dritto di credito, e dall'altro dritto di proprietà! Un siffatto sistema non può affatto prevalere. La facoltà di cui parliamo, maggiore di un dritto di credito ordinario, minore d'un dritto di proprietà, è identica da una parte e dall'altra, e la regola è la stessa nei due casi.

Se dubbio ancor potesse sorgere, basterebbe il dare uno sguardo ai lavori preparatori per esserne convinti e gettare un'ultima luce sulla quistione... I compilatori infatti non avevano concepito il sistema dei tre modi di mobilitazione e del loro effetto, quale è oggi.

La mobilitazione determinata della prima specie e della seconda erano nel progetto quali oggi; ma la obbligazione indeterminata non vi produceva l'attuale effetto, perchè il secondo par. dell'art. 1508 (T) non era scritto. In tale stato, i tre casi di mobilitazione potevan distinguersi: il primo dava alla comunione un dritto di proprietà; il secondo un dritto che si avvicinava ad essa permettendo di costituire un'ipoteca; il terzo produceva un semplice dritto di credito, non permettendo nè l'ipoteca, nè l'alienazione. Ma il Tribunale, allorchè l'ebbe comunicato, vide che il secondo ed il terzo caso di mobilitazione erano uguali del tutto, e propose l'aggiunta del secondo paragrafo dell'art. 1508 (T),

né anche alla specie di mobilitazione che trattiamo (una solo alla indeterminata di tutti gl'immobili), e d'altronde il Codice rigetta tal dottrina. Il solo punto a cui Tropolong ha potuto alludere, è l'idea molte volte enunziata da Pothier in questo n. 313, che la mobilitazione che un coniuge fa di tutti i suoi immobili indeterminatamente, cioè fino alla concorrenza di una data somma, si muta in mobilitazione determinata, quando poi si specifica uno o più di tali immobili per entrare nella comunione e pagarle la promessa somma. Tropolong forse crede che tal mutamento è nella mente di Pothier, non solo quando con la nuova dichiarazione lo immobile o gl'immobili specificati sono parimente o assolutamente mobilitati, ma anche quando lo sono, come lo erano in pria tutti gl'immobili generalmente, fino alla concorrenza della stabilita somma; seguirebbe ita ciò che Pothier riguardasse la mobilitazione come determinata, anche quando fatta sino alla concorrenza della somma, riguardando uno o più immobili specialmente

indicati, anzichè tutti. Ma tale idea non è affatto da ammettersi. Se Pothier avesse voluto allontanarsi dalla dottrina fino a lui seguita, ne avrebbe dato qualche ragione o almeno indicata la divergenza; ma egli dichiara la sua idea come richiamo d'altre incontrastate; usa espressioni analoghe a quelle del suo n. 307 (*immobili che divengono effetti della comunione, immobili che entrano nella comunione*), il che mostra aver voluto parlare nell'un caso come nell'altro d'una mobilitazione propriamente detta. Finalmente oltre alle molte considerazioni secondarie che menano allo stesso risultamento, ciò è perentorio: se la mobilitazione fatta per una certa somma fosse determinata, perchè riguardi uno o più immobili specificati, e fosse indeterminata, in quanto riguardi su tutti gli immobili in generale, la mobilitazione indeterminata sarebbe sempre generale; or non era tale la dottrina di Pothier, poichè egli ci presenta la mobilitazione particolare divisa in determinata ed indeterminata (n. 303).

(che poi fu adottata), dicendo che bisognava stabilirsi la *stessa regola* per le due ipotesi (Fenet, p. 515 e 615). Supponendo che la disposizione dell'art. 1506 (T) fosse da accogliersi nel progetto, non lo è più ora dacchè i compilatori riformandolo han sottoposto alla *STESSA REGOLA* la mobilitazione indeterminata, e la pretesa determinata della seconda specie.

Rodière e Paolo Pont e Troplong han tentato di giustificarla, ma indarno; e il dire che noi vogliamo rifare la legge, anzichè spiegarla, mena al falso, poichè noi prendiamo la legge *tal quale è*, ed il Codice confuta coi suoi art. 1507 e 1508 (TT) la disposizione del suo art. 1506 (T).

Demante ancora, riconoscendo che l'articolo 1506 (T) è l'effetto d'una confusione che bisogna evitare (*Programma*, III, 109), accetta la sua disposizione, ma snaturandola per darle un senso più falso. Dice egli: « nel senso del Codice Napoleone, la mobilitazione determinata è di due sorta: 1° la mobilitazione *d'uno o più immobili determinati* per intero; 2° la mobilitazione *d'uno o di più immobili determinati*, fino alla concorrenza d'una certa somma... La mobilitazione determinata è *quella che abbraccia tutti gli immobili* (nn. 170 e 171) ». Secondo siffatta strana dottrina, la mobilitazione determinata ed indeterminata potrebbe altrimenti dirsi particolare e generale. Sarà determinata la mobilitazione quand'è particolare; indeterminata quand'è generale. Un tal sistema invero non è da confutarsi; basta una sola quistione, ove debbasi collocare in tal caso la clausola per cui mobilizzo puramente, assolutamente e senza alcuna restrizione *tutti i miei immobili presenti* per la tal somma o valore, e ne vedremo palpabilmente la inesattezza...

Egli è per fermo impossibile che l'immobilizzazione indeterminata *non renda proprietaria la comunione*, che permetta solo d'ipotecare gl'immobili *fino alla concorrenza della somma promessa* e di costringere il coniuge a mettere nella massa alcuni di questi immobili fino alla concorrenza di tal somma promessa. Or nel si-

stema di Demante, questa sarebbe una mobilitazione determinata, poichè secondo lui, può esser determinata la sola mobilitazione particolare, quella che versa sopra uno o più immobili specialmente indicati e non su tutti gl'immobili. Qual sarà adunque la mobilitazione generale, senza una determinata somma?... Demante, prevedendo la quistione, ha detto che in mancanza di tale determinazione di somma, la clausola stabilirà soltanto una comunione universale. Ma tal risposta, da cui par fosse ingenerato il grave errore di Mourlon, non è più felice del sistema che vuol proteggere; poichè se qualunque clausola di comunione universale è una delle specie della mobilitazione, è una mobilitazione generale determinata, non è poi vero che qualunque mobilitazione generale determinata costituisca reciprocamente la comunione universale. Questa comunione esiste solo quando il contratto mobilita tutti gl'immobili *dei coniugi*. Se io dunque mobilizzo tutti i miei immobili, senza che il mio coniuge mobilizzasse i suoi, come si potrebbe porre la mia mobilitazione sotto la falsa teoria di Demante?... In nessun luogo, e questa semplice osservazione basta per abbattere il singolare sistema del dotto professore.

Esso per altro non può, come quello di Rodière e Paolo Pont e di Troplong, scusarsi colla redazione cattiva, ma formale, della legge; poichè il medesimo testo del Codice gli è contrario. Da un lato infatti, l'articolo 1506 (T) dice che la mobilitazione è indeterminata, se il coniuge abbia messo in comunione i suoi immobili *fino alla concorrenza di una determinata somma*, indicando con ciò che sarà determinata se gl'immobili si mettessero in comunione assolutamente, totalmente, senza restrizione ad una data somma. Dall'altro, l'art. 1508 (T) § 2° dice determinata, senza distinguere se si faccia o no designazione speciale di beni, quella mobilitazione che mette in comunione tutti *gl'immobili* della moglie, cioè senza restrizione ad una somma di...

IV. — La mobilitazione determinata in somma (a cui si potrebbe dar facilmente

un nome che meglio la spiegasse, togliendo ogni-equivoco) è la vera mobilitazione, che fa realmente entrare in comunione gli immobili, come i mobili, e che quindi li mobilita. L'altra non è propriamente una mobilitazione, poichè la comunione non ne è padrona, nè può disporre degli immobili.

La distinzione delle mobilitazioni in determinate ed indeterminate, o a meglio dire in *perfette* ed *imperfette*, è del tutto indipendente dalla loro divisione in generali e particolari. E ciò è ben ragionevole, poichè la natura del dritto che io conferisco alla mia comunione non dipende in nessun modo dal farvi entrare uno o più immobili specialmente indicati, o tutti i miei immobili. Io posso dare alla comunione un intero e vero dritto di proprietà, su tutti i miei immobili, come un dritto minore, sopra un solo immobile.

Inoltre la mobilitazione di una parte di uno o più immobili sta sotto la stessa regola che quella di uno o più immobili interi. Così, se io dichiaro di mettere in comunione, assolutamente e senza restringermi ad una somma, ma solo per un terzo, questo o quelli immobili, o tutti i miei immobili, la mobilitazione sarà perfetta, come sarebbe imperfetta se io avessi dichiarato di metterli in comunione fino alla concorrenza della tal somma.

Delvincourt (t. III), Rodière e Paolo Pont (II-165), e Troplong (III-2005) si oppongono a tal dottrina, insegnando che qualunque mobilitazione di una parte è sempre necessariamente indeterminata, imperfetta; ma la loro opinione è sfornita di qualunque sodo motivo, o almeno specioso. Parimente se io metto in comunione, puramente e senza restringermi ad una determinata somma, la mia casa A, ne rendo proprietaria la comunione; così pure, se metto in comunione all'istesso modo il terzo della mia casa A, io la rendo proprietaria del terzo di essa, cioè comproprietaria con me, a cui son rimasti gli altri due

terzi; e la comunione in tal caso, come un chiunque a cui io abbia venduto, donato od altrimenti alienato questo terzo della casa, può alienarlo, senza previo mio permesso... Questo punto inoltre, non trattato da Pothier (e quindi nemmeno dai nostri compilatori), fu risoluto nel nostro senso dagli antichi scrittori, i quali chiamando *indeterminata* la mobilitazione d'un immobile fino alla concorrenza di una somma, annoverarono quella di una data parte di un immobile fra le *determinate*, le quali trasferiscono alla comunione la proprietà della cosa mobilitata e la piena facoltà di alienarla (Novello Denizart, *loc. cit.*)... Qui infatti nemmeno ha luogo lo stesso dubbio; poichè quegli a cui si trasferisce un terzo o un quarto di un immobile, è interamente padrone di alienarlo, come meglio gli piace. Così si applicano i principi i più fondamentali, nè vi si potrebbe derogare senza un testo formale; ma dove ritrovarlo?... A ragione dunque la contraria dottrina è stata generalmente rigettata (1).

Di leggieri si comprende non esservi termini sacramentali per volere stabilire la mobilitazione, e che non debboni impiegare ad un tempo le espressioni *mobilitare e mettere in comunione*, bastando il dire che gl' immobili si *mobilizzeranno*, ovvero *si metteranno in comunione*, o *si recheranno alla comunione*, o *si faranno comuni* o *si terranno per mobili ovvero per beni della comunione*.

Stabiliamo successivamente gli effetti della mobilitazione determinata e indeterminata.

V. — Siccome la mobilitazione determinata, ossia la vera, rende gl' immobili comuni, così il capo della comunione può alienarli come tutti gli altri immobili comuni, e se non furono alienati, debbono comprendersi come tutti gli altri, sciolta che è la comunione, nella divisione da farsi fra i coniugi o loro eredi. Ma la legge per l'affetto che delle volte si ha per un immobile di famiglia, permette che ciascun

(1) Toullier (XIII-330); Duranton (XV-62 e 63); Zachariae (III, p. 328); Odier (II-802); Taulier (V, MARCADE, Vol. III, p. I.

p. 490); Duvergier (sopra Toullier).

coninge, o i suoi eredi, prendano nella loro porzione gl'immobili da lui mobilizzati per quanto valgano in quel tempo.

Delvincourt insegna, ed anche Duranton (XV-78), ma senza decidersi nettamente, propende a dire che la moglie la quale rinunzia, avrà un dritto analogo, e potrà ritogliere gli immobili da essa mobilizzati, pagandone il prezzo al marito; ma noi come il più degli scrittori (1) crediamo non potersi adottare tale opinione. È questa una disposizione che per l'indole sua stessa eccezionale deve restringersi ai casi previsti; or l'art. 1509 (T) concede tal facoltà al coniuge, soltanto quando si divide la comunione.

Quando la mobilizzazione perfetta è particolare, il coniuge che l'ha fatta è naturalmente garante verso la comunione dell'evizione che potrebbe soffrire per una causa anteriore al matrimonio. Pothier aveva adottato una diversa opinione (2), e poi la disdisse (3). Mettere gl'immobili in comunione non è una liberalità, siccome l'aveva prima creduto Pothier, bensì una stipulazione a titolo oneroso, e quindi il coniuge che ha promesso la collazione dei tali immobili specialmente indicati, deve conferirli realmente, cioè renderne proprietaria la comunione.

Non così nel caso di mobilizzazione generale; trasferire alla comunione tutti i suoi immobili, vale trasmetterglieli tali quali li ha, e dargliene tali quali i dritti che li costituiscono.

E in questo medesimo caso, i debiti relativi agli immobili mobilizzati vanno a peso della comunione, per la detta ragione che i debiti devono su tutti i beni; or la parte messa nell'attivo di tutti gl'immobili presenti fa entrare nel passivo tutti i debiti presenti, siccome la parte degli immobili futuri, cioè di quelli da pervenire dipoi dalle successioni o donazioni, vi farà entrare tutti i debiti di tali successioni e donazioni; e se la mobilizzazione riguar-

dasse una parte di tutti gl'immobili, la comunione sopporterebbe la medesima parte dei debiti gravati su tali immobili.

Non così nella particolare mobilizzazione. *quia aes alienum, uniteret patrimonii, non certarum rerum, onus est.*

VI. — Quando la mobilizzazione è imperfetta indeterminata, cioè, quando invece di render puramente e semplicemente comuni gl'immobili, li sottopone alla comunione fino alla concorrenza di una certa somma, il suo dritto diventa un credito di natura particolare, il quale produce notevoli effetti.

Tal credito ha per oggetto gl'immobili, non la somma fino alla concorrenza di cui gli immobili sono mobilizzati: la clausola consiste nel *porre nella comunione* non la somma di... da prendersi sugli immobili, bensì *gl'immobili* fino alla concorrenza di tal somma. Da ciò varie conseguenze.

Quando anche i beni mobilizzati avessero un valore minore, la comunione non dovrebbe appagarsene, ma pretendere che il coniuge il quale ha fatto la mobilizzazione compisca con tali beni la somma.

Così anche, se gl'immobili periscono o in tutto o in parte, in modo che il valore di quel che rimane sia minore della stabilita somma, l'obbligo del coniuge estinguesi in tutto o in parte, per mancanza di oggetto. Ma da ciò non si inferirà, che essendo la mobilizzazione particolare, il coniuge non sarebbe garante di una evizione avvenuta per causa anteriore, e che ridurrebbe i beni mobilizzati ad un valore minore dell'indicata somma: qui come nella mobilizzazione perfetta deve il coniuge mettere in comunione realmente la parte sua; l'aver egli conferito gl'immobili fino alla concorrenza di una somma di... non monta a nulla su tal riguardo; egli non sarà garante dell'evizione solo quando la mobilizzazione è generale.

Anche perchè il dritto della comunione grava direttamente sugli immobili, dà a questa

(1) Toullier (XIII-345); Bellot (III, p. 156); Zachariae (III, p. 551); Odier (II, 812); Paolo Pont e Hédier (II-183); Troplong (III, 2019).

(2-3) Introduzione alla Cons. d'Orléans, n. 53. — *Comm.*, n. 311.

la legge, ma non in proprietà, e per eccezione all'art. 2124 (2010), la facoltà di ipotecare i beni fino alla concorrenza della stabilita somma.

Del resto tal facoltà può solo applicarsi per gli immobili della moglie, non per quelli del marito, perchè essendo egli capo della comunione e proprietario dei beni mobilizzati, può come tale non solo ipotecarli, ma anche alienarli; e quindi la legge doveva conferire al marito il diritto d'ipoteca pei beni mobilizzati dalla moglie.

Se il coniuge non ha pagato il suo debito allo sciogliersi della comunione, è obbligato di metter nella massa da dividere gli immobili mobilizzati, o se il valore ne oltrepassa la stabilita somma, una parte di essi che basti a rappresentar la somma; purchè in tal caso indicherà quale degli immobili vorrà porvi.

Pure (benchè il mettervi gli immobili in natura sia un mezzo regolare di eseguire la sua obbligazione) gode il coniuge della facoltà, espressa più sopra nel caso di mobilizzazione perfetta, di trattenersi i suoi immobili, rendendo conto alla comunione della somma per la quale sono mobilizzati.

Se la facoltà di conservare gli immobili è formulata dall'articolo 1509 (T) per la sola mobilizzazione determinata, con più ragione deve ammettersi nel caso nostro. Come si negherebbe al coniuge che ha promesso gli immobili fino alla concorrenza d'una somma, il diritto di sostituire agli immobili un valore equivalente, se la legge lo accorda a chi avea trasmesso alla comunione puramente e semplicemente anche la proprietà di essi immobili? È dunque mestieri riconoscere che se gli immobili son qui l'oggetto dell'obbligazione, il pagamento in danaro è riservato *in facultate solutionis*.

Se durante la comunione gli immobili mobilizzati si vendano in tutto o in parte, ed il prezzo entrato nella comunione ecceda la somma, fino alla concorrenza della quale abbia avuto luogo la mobilizzazione, il coniuge avrà un'azione di ricupera per il dipiù; poichè la somma stabilita, non formando l'oggetto del credito, determina il *maximum* della sua estensione; e se l'emolumento della comunione può delle volte esser meno di questa somma, come abbiám visto, non può mai esser di più.

SEZIONE IV.

DELLA CLAUSOLA DI SEPARAZIONE DI DEBITI.

Il Codice riunisce qui due clausole distinte: quella di *separazione di debiti* propriamente detta (artic. 1510 1512 (TT)); e quella di *franco e libero*, che è uolto

analogo, massime in un caso, con l'altra, ma che nondimeno ne differisce in vari punti (art. 1513 (T)).

1. Clausola di separazione di debiti.

1510 (T). — La clausola colla quale i coniugi stipulano di pagare separatamente i loro debiti particolari, gli obbliga all'atto dello scioglimento della comunione, a comunicarsi reciprocamente il conto dei debiti che si giustificherà essere stati soddisfatti dalla comunione, a scarico di quello dei coniugi che n'era debitore.

Questa obbligazione è la stessa, vi sia o non vi sia inventario; ma se il mobiliare conferito dai coniugi in società, non risulta

da inventario o da stato autentico anteriore al matrimonio, i creditori dell'uno o dell'altro coniuge possono, senza avere riguardo ad alcuna distinzione che si reclamasse, chiedere di essere soddisfatti tanto sul *mobiliare* non inventariato, quanto sopra gli altri beni della comunione.

I creditori hanno lo stesso diritto sul *mobiliare* pervenuto ai coniugi durante la comunione, se questo non risulta egualmente da inventario o da stato autentico.

1511 (T).—Quando i coniugi mettono in comunione una data somma, o corpo, una tale collazione induce un tacito patto eh'essa non sia aggravata di debiti anteriori al matrimonio, ed il consorte debitore deve dare conto all'altro di tutti quei debiti che diminuirebbero la somma che ha pro-

messo di conferire.

1512 (T).—La clausola di separazione di debiti non impedisce che la comunione non possa essere aggravata degl'interessi ed annualità decorse dopo il matrimonio.

SOMMARIO.

I. L'esclusione dei debiti è espressa o tacita, unilaterale o reciproca. Essa in principio grava solo sui debiti anteriori al matrimonio.

II. Quali debiti van compresi sotto questo nome: controversia. La esclusione abbraccia gli interessi corsi prima del matrimonio; essa potrebbe estendersi agli altri con una clau-

sola ad hoc: errore di Delvincourt e di Battur.

III. Effetti della esclusione prima fra i coniugi e poi verso i creditori.

IV. L'effetto è il medesimo pei creditori del marito e per quelli della moglie: controversia.

I.—La stipulazione di esclusione di debiti è espressa o tacita: espressa quando dichiarasi formalmente nel contratto di matrimonio che uno o ciascuno dei coniugi sopporterà tutti i suoi debiti (artic. 1510 (T)); tacita se uno o ciascuno dei coniugi, invece di fare entrare nella comunione tutti i suoi mobili presenti, fa solo una collazione determinata fino alla tal somma, o ai tali o tali particolari oggetti, perchè secondo la disposizione dell'articolo 1511 (T), nel quale si applica il principio generale da noi spiegato (art. 1502 (T) IV), il coniuge che esclude dall'attivo della comunione tutti i suoi mobili, esclude con ciò virtualmente dal passivo i suoi debiti mobiliari. Diciamo nei due casi: *l'uno o ciascuno dei coniugi*, perchè l'esclusione o espressa o tacita può farsi solo dall'uno dei coniugi, come anche da entrambi.

La clausola di esclusione dei debiti, dovendosi intendere restrittivamente, come qualunque derogazione al dritto comune, si applica ai debiti presenti, cioè anteriori al matrimonio; siccome è indicato dagli articoli 1511 e 1497-4° (TT).

Possono i coniugi escludere anche i lor debiti futuri, cioè i debiti delle successioni e donazioni che possono loro pervenire; ma ciò deve farsi o con una speciale di-

chiarazione, o virtualmente con una clausola che escluderebbe dall'attivo comune i mobili delle successioni e donazioni future, senza di che qualunque clausola di separazione di debiti abbraccia solo quelli anteriori al matrimonio.

II. Fra i debiti anteriori al matrimonio si comprendono tutti quelli nati da un fatto che ha preceduto le nozze, benchè fossero dipendenti da una condizione adempitasi dopo, o comprovati durante il matrimonio.

Così l'amenda a cui il coniuge è stato condannato durante il matrimonio per delitto commesso prima, è soggetta a tal regola. Tanto men si comprende la controversia su tal punto nello antico dritto, perchè tutti convenivano nell'applicare tal regola ai ristori civili pronunziati nel medesimo caso. Lebrun e Pothier (1) decideano la quistione nel nostro senso, perchè il delitto è causa dell'amenda imposta al coniuge. Ma che dire dei debiti di una successione mobiliare pervenuta al coniuge pria delle nozze, ed accettata dopo? Daranton (XV-92) e Zachariae (III p. 538) insegnano che in generale non sono esclusi, e restan gravati alla comunione, nel mentre Paolo Pont e Rodière (II-206) e Troplong (III, 2030) credono doversi considerare come anteriori al matrimonio, e re-

(1) Lebrun (lib. 2, cap. 2, sez. 3); Pothier (Commun. n. 356).

star quindi a peso del coniuge... Il primo parere ci sembra il solo esatto. Se la questione dovesse decidersi in istretto dritto, e secondo i giuridici effetti dell'accettazione di successione, bisognerebbe accostarci all'opinione di Rodière e Paolo Pont, perchè essendo l'erede investito dei dritti attivi e passivi del defunto a causa della morte di questo, e facendo l'accettazione rimontare il titolo e i dritti dell'erede al tempo della apertura della successione, in dritto i debiti ereditari esistono per lui da quel giorno; ma qui la questione non deve decidersi in dritto, ma in fatto: bisogna interpretare una clausola, e quindi sapere qual sia stata la volontà, l'intimo pensiero delle parti contraenti. Essendo questione d'intenzione, lo è per conseguenza di fatto. Or se è vero che in dritto l'accettazione, posteriore al matrimonio, di una successione aperta pria, rende irrevocabili gli effetti già esistenti, e per cui rende anteriori al matrimonio, giuridicamente parlando, i debiti della successione, in fatto, e nella mente del coniuge sottoposti a sopportar solo i suoi debiti personali, egli è tenuto ai debiti ereditari solo coll'accettazione e contando da questa; fino all'accettazione poteva ei rimanersi estraneo all'attivo ed al passivo della successione; poichè il coniuge accettando dalla comunione l'attivo mobile della successione, ha avuto in mente (se nulla in contrario dice il contratto) di mettere a peso della comunione i debiti corrispondenti all'attivo.

L'esclusione versa e sul capitale dei debiti e su i loro interessi o annualità pervenute pria del matrimonio, ma non su quelli che corrono durante la comunione, i quali gravano su questa, giusta l'articolo 1512 (T), qual peso delle rendite dei beni dei coniugi. Delvincourt e Battur (n° 427), riproducendo l'antica opinione di Lebrun (cap. 3, sez. 4), dicono erroneamente potersi con una stipulazione *ad hoc* escludere dal passivo della comunione e mettere a peso del coniuge gl'interessi corsi durante il matrimonio. Tal clausola, siccome lo diceva

Pothier, sarebbe fuor di uso ma valida, perchè non contraria nè alle proibizioni del nostro titolo, nè alle leggi riguardanti l'ordine pubblico o i buoni costumi, e quindi non eccede la piena libertà consacrata dagli art. 1387, 1497 (1344, T) (1).

III. Gli effetti della esclusione dei debiti son regolati dall'articolo 1510 (T), il quale ce l'indica in pria quanto ai coniugi tra loro (§ 1), e poi quanto ai creditori (§ 2 e 3).

Tra coniugi l'effetto è semplicissimo, consistendo nel fare che tutti i debiti mobiliari, anteriori al matrimonio, del coniuge sottoposti alla esclusione, si pagheranno dalla comunione coll'obbligo del coniuge di compensarla allo scioglimento. Il coniuge che pretende che l'altro coniuge debba compenso per tal causa, deve provare: 1° che il debito del coniuge esisteva pria del matrimonio: 2° che si è estinto col pagamento fatto durante la comunione. Provati questi due punti (anche con testimoni), si presumerà poi, fino alla contraria prova, essersi fatto il pagamento col danaro della comunione, appartenendo a questa i valori mobiliari, e per cui il danaro che si è pagato. Bisogna provare che il debito è stato estinto *con pagamento*; perchè se il coniuge debitore si fosse liberato colla prescrizione, con la remissione del suo creditore, o con altro modo, senza pagamento di danaro, la comunione che nulla avrà pagato, nulla avrà da chiedere.— Il coniuge che deve un compenso si libera, alla divisione, non col pagare il danaro nella cassa comune, ma pagando direttamente al suo coniuge la metà della somma dovuta, perchè dovendo pagarsi l'intero nell'attivo comune, ciascun di essi ne avrebbe poi preso una metà. La moglie deve sempre pagare il compenso da lei dovuto, accetti o rinunzi, e se rinunzia bisogna pagarle l'intera indennità, poichè l'attivo appartiene per intero al marito. In tal caso, e per la stessa ragione, il marito non è tenuto a compenso, perchè lo pagherebbe a sè stesso: il debito del

(1) Duranton (XV-99); Odier (II-769); Rodière e Paolo Pont (II-209); Troplong (III-2055).

compenso estinguerebbersi per lui colla confusione.

Per rispetto ai creditori, l'effetto della separazione dei beni è sottoposto alla condizione che si sia fatto inventario del mobile entrato nella comunione da parte del loro debitore. Se il mobile recato dal coniuge debitore è stato comprovato con un inventario o con uno stato autentico, e si è anche nell'istesso modo comprovato quello venutogli dopo, la separazione dei debiti produrrà il suo effetto contro i creditori del coniuge, i quali potranno farsi pagare sui mobili provenienti dalla parte del loro debitore (e su quelli suoi propri), come se questi non avesse contratto matrimonio (4). Così la comunione si sarà sgravata, esibendo, come diceva l'articolo 222 della Consuetudine di Parigi, l'*inventario* o *la stima* di questo, cioè, come lo spiega Pothier (num. 364), basterà lasciare ai creditori gli effetti compresi nell'inventario che trovansi in natura, e dar loro il prezzo degli altri o giustificare l'impiego del prezzo in pagamento di altri debiti ugualmente propri del coniuge.

Che se per l'incontro si è trascurato di far l'inventario, o dei mobili recati dal coniuge maritandosi, o di quelli pervenutigli durante il matrimonio, siccome allora i creditori non possono esser certi che quei mobili che diconsi provenienti dal loro debitore siano veramente tutti, e siccome si potrebbe celare una parte di cui essi non possono conoscere il valore, la separazione di debiti è per loro come non avvenuta, ed essi possono rivolgersi per il pagamento sopra tutti i beni comuni (ed anche sui propri del marito), come se vi fosse comunione legale.

(1) Potrebbe dirsi che, applicandosi i principi, si dovrebbe negare ai creditori ogni azione sui beni del loro debitore divenuti beni della comunione; dappoichè una cosa non è più pegno del creditore quando è alienata dal debitore senza frode. Secondo tal sistema, il creditore potrebbe solo agire sulla nuda proprietà dei beni propri del coniuge. Ma siccome la parte messa in comunione, da un lato non è una ordinaria e piena alienazione (dappoichè toglie solo al coniuge la metà de' beni che ei reca, e gli fa acquistare la metà di quelli dell'altro coniuge); e dall'altro sarebbe stato ini-

È chiaro inoltre, che solo durante la comunione può sorgere dubbio se i coniugi debbono o no riputarsi separati di debiti per rispetto ai creditori, e che sciolta la comunione, i coniugi son separati di debiti assolutamente, e senza distinguere se si sia fatto o pur no inventario dei mobili entrati in comunione. Pothier lo professa formalmente per rispetto ai creditori della moglie, che è il caso più dubbio. Or se questi non ostante la mancanza d'inventario, non possono, dopo lo scioglimento, agir contro il marito, con più ragione quei del marito non possono agir contro la moglie. Deve dunque rigettarsi la dottrina di Delvincourt e di Bellot (III, p. 186), i quali non facendo parola dei creditori del marito, pretendono che questi debba, anche in tal caso, rispondere in faccia ai creditori della moglie (2).

IV.—È stato molto controverso se i mobili entrati in comunione da parte di un coniuge debbano comprovarsi con uno inventario. Tutti riconoscono che lo effetto da noi indicato, il quale consiste in doversi ripetere i debiti di tal coniuge anteriori al matrimonio solo sui beni comuni provenienti da lui, s'applica per i debiti della moglie; ma molti scrittori insegnano non potersi applicare ai debiti del marito, esser sempre e necessariamente non avvenuta per questi la clausola di separazione di beni, e poter sempre i creditori del marito, non ostante qualunque inventario, rivolgersi sopra tutti i beni comuni (3). Cotal dottrina si fonda sopra due motivi, inammissibili, ricavati uno dai principi del dritto, l'altro dalla storia e dalla tradizione.

Dicono essi, il marito sotto la regola

quo che la comunione conservasse tutti i beni mobili, senza esser tenuta almeno sovr'essi dei debiti correlativi, si è deciso che i creditori agirebbero sui beni venuti alla comunione da parte dei loro debitori.

(2) Pothier (n. 364); Zachariae (III, p. 541); Paolo Pont e Rodière (II-218); Odier (II-782); Duvergier (sopra Toullier, XIII-336, nota 6); Troplong (III, 2046).

(3) Delvincourt (III); Duranton (XV, 110); Rolland de Villargues (alla parola *Comunione*, n. 517); Bellot (III, p. 166); Zachariae (III, p. 539, 540).

della comunione è padrone di disporre a suo piacere dei beni comuni; egli quindi può impiegarli al pagamento dei suoi debiti anteriori al matrimonio, e quindi lo potranno anche i suoi creditori in forza dell'art. 1166 (1119). In conseguenza la clausola di separazione di debiti può avere effetto solo per quelli della moglie, ed in prò del marito, e non per quelli del marito, ed in prò della moglie. Così sempre, aggiungono, s'intendeva nell'antico dritto la clausola di separazione di debiti; e Pothier, reputando non doversi discutere su tal punto, non si è data la pena di indicarlo, parlando solo degli effetti della clausola per rispetto ai creditori della moglie (nn. 362 e seg.). Ma non c'è perchè dobbiamo credere che il legislatore abbia voluto allontanarsi qui dagli antichi principii.

A tali due idee è ben facile il rispondere. Senza dubbio il marito, in dritto comune, è interamente padrone d'impiegare a piacere i beni della comunione; ma la clausola di esclusione dei debiti del marito ha appunto per effetto di immutar questa regola di dritto comune, e di togliere al marito il dritto di disporre dei beni recati dalla moglie per pagamento dei debiti di cui era gravato pria del matrimonio: la moglie ha posto i suoi mobili in comunione, purchè questa non pagasse i debiti del marito anteriori al matrimonio.

Il più degli antichi scrittori professavano, è vero, la dottrina da noi rigettata; ma oltre che essa non era unanime, ed era stata combattuta altre volte da ragioni perentorie, non potrebbe vincerla oggi sul testo dell'articolo 1510 (T), a cui le contrarie spiegazioni di Pothier danno maggior forza.

Di fronte agli scrittori che insegnano che la separazione dei debiti ha solo effetto contro i creditori della moglie (1), troviamo in Bacquet (2) la contraria dottrina stabilita chiaramente e sodamente. Indicato lo effetto che produce la separazione nello in-

teresse del marito, spiega che anche « la moglie, con la convenzione e stipulazione suddetta, potrà impedire che i beni mobili recati in matrimonio sien venduti pei debiti del marito anteriori al loro matrimonio. Poichè, egli dice, quand'anche quei beni mobili sieno entrati nella comunione, di cui è padrone il marito, nondimeno sono coll'espressa condizione di non esser tenuti, nè sequestrati, nè venduti per i debiti contratti dal marito prima del matrimonio ». Perchè dunque la moglie non deve esser pienamente libera come il marito, sotto questo come sotto qualunque altro aspetto, di modificare le regole della comunione legale? Perchè, mentre ella può, come il marito, non mettere i suoi mobili in comunione, non potrebbe poi metterveli, come lui, sotto condizione che con essi non si paghino i debiti del suo coniuge? In altre parole, perchè ella non potrebbe, come il marito, ottenere una esclusione dei debiti del suo coniuge, efficace in faccia ai creditori?... Tutt'occiò inoltre, anzichè stabilir la regola, tende a giustificarla; poichè ravvicinando il testo del Codice colle spiegazioni di Pothier, essa è perfettamente stabilita. Questi, seguendo l'idea che la esclusione dei debiti non riguarda i creditori del marito, parla qui solo di quelli della moglie, e le sue spiegazioni si riducono a dire che se non si sia fatto inventario dei mobili recati dalla moglie, i creditori di questa possono agire sopra tutti i beni comuni. Il Codice elargendo la formola, dice, che se non si sia fatto inventario dei mobili dei coniugi, i creditori sì dell'uno che dell'altro, possono agire sopra tutti i beni comuni, e che sarà pur così dei mobili pervenuti ai coniugi durante la comunione. Oggi dunque debbe applicarsi per ambo quel che Pothier diceva della sola moglie; il Codice ha modificato l'antica clausola di separazione di debiti, come pure (ed anche più, come ora vedremo) ha modificato l'antica clausola di franco e libero; sicchè la con-

(1) Bourjon (*Dr. com.*, I, p. 554); Lebrun (*lib. 2, cap. 3, sez. 4, n. 2*); Duplessis (*Consuetudine di Parigi*, I, p. 404); Renusson (*parte 1, cap. 9,*

n. 8).

(2) *Diritti di giustizia* (cap. 21, n. 104).

traria dottrina vien condannata e dal testo del dritto, e dalle regole di equità (1).
stesso della legge, e dai principi generali

2. Clausola di franco e libero.

1513 (T). — Quando si proceda contro la comunione pei debiti di uno de' coniugi, dichiarato dal contratto libero e sciolto da qualunque debito anteriore al matrimonio, l'altro consorte ha diritto ad una indennizzazione che si prende tanto sulla parte della comunione spettante al coniuge debitore, quanto su' beni particolari di esso; ed in caso di insufficienza, questa indennizzazione può proporsi in giudizio con-

tro il padre, la madre, l'ascendente od il tutore che lo avessero dichiarato libero e sciolto, come se fossero mallevadori. Quest'azione per garanzia può essere proposta ancora dal marito durante la comunione, se il debito proviene per parte della moglie; salvo, in questo caso, il rimborso dovuto dalla moglie o dai suoi eredi a quelli che si ritengono per garanti dopo lo scioglimento della comunione.

SOMMARIO.

- I. Clausola di libero e sciolto. Essa non è più quella di un tempo. Essa differisce dalla separazione di debiti, anche quando si faccia dal marito: errore di Bellot.
II. Possono darsi due specie di donni; l'indennizzo si deve per tutte e due: errore di Battur.
III. Mezzi di prova contro i fidejussori. Quando può esercitarsi l'azione.

I. — Dicesi clausola di franco e libero quella con cui si dichiara uno dei coniugi, nel contratto di matrimonio, esente e libero da ogni debito. Una tal dichiarazione, che nell'antica pratica faceasi sempre da terzi, parenti od altri, può farsi oggi dallo stesso coniuge; e in tutti i casi obbliga colui che dichiara, chiunque siasi, a riparaire il torto che cagionerebbe al coniuge i debiti dell'altro che si è falsamente dichiarato franco e libero. Già tempo se i parenti o gli amici avessero dichiarato libero il coniuge, questi non era obbligato a nulla; reputandosi estraneo alla convenzione che si stimava fatta tra il coniuge e i dichiaranti, in guisa che questi doveano indennizzare, occorrendo, il coniuge (Pothier, nn. 350, 370, 375). Oggi, stante la disposizione del nostro articolo, certo più ragionevole e più giusta, il coniuge, quantunque non abbia nulla detto nella clausola, è sempre e principalmente obbligato: contro lui si esercita il regresso, ed il suo coniuge potrà agire contro

quelli che han fatta la dichiarazione, e che si sono così resi suoi garanti, solo quando non bastino i beni del coniuge. Se la dichiarazione di affrancamento si fa dal coniuge, la clausola, benchè si assomigli, non si confonde colla semplice separazione di beni, come falsamente insegna Bellot (III, pag. 191); essa ne differisce anche in due punti, uno dei quali la rende più vantaggiosa per l'altro coniuge sotto un riguardo, e l'altro meno utile sotto un altro. — Da un lato in fatti, il coniuge che si è dichiarato libero e franco, e del quale la comunione ha pagato i debiti anteriori al matrimonio, dovrà compensar questa, non solo del capitale delle somme pagate per di lui conto, come nel caso di semplice separazione di debiti, ma inoltre degli interessi corsi durante la comunione fino al giorno dello scioglimento. Così, nel mentre che il coniuge separato di debiti, per cui la comunione ha pagato 12,000 fr., 10,000 di capitale, 1,000 di interessi anteriori al matrimonio, e 1,000 d'interessi posteriori, do-

(1) Battur (II 412); Dalloz (*Clausola di separazione di debiti*, alla parola *Matrimonio*); Bugnet (sopra Pothier, VII, p. 212); Rodière e Paolo Pont

(II-217); Troplong (III, 2042-2044). — Toullier ed il suo annotatore (XIII-356) non fanno molto della questione.

vrà render conto alla comunione di 11,000 fr., il coniuge che si è dichiarato franco e libero dovrà rispondere nello stesso caso della intera somma pagata, non che degli interessi corsi per tutta la durata della comunione; in modo che se questa duri soltanto dieci anni dal giorno del pagamento, egli dovrà pure 18,000 franchi nella massa da dividere, o, quel che vale lo stesso, dare 9,000 fr. al suo coniuge. L'obbligo di pagare gl'interessi è ben semplice: poichè avendo il coniuge falsamente dichiarato di non aver debiti, l'altro avea fatto conto sull'intera fortuna mobiliare di lui e delle rendite dei suoi beni propri, e deve quindi trovare nella massa comune tutto ciò che avrebbe potuto prendere non esistendo il debito (Pothier, n. 375). — Da un altro lato, la clausola di franco e libero, come quella di separazione di debiti, non permette di restringere il dritto dei creditori, sotto la condizione d'un inventario, ai mobili provenienti dal coniuge debitore; il nostro art. 1513 (T) non estende a tal caso la disposizione dell'art. 1510 (T). I creditori adunque potranno agire non ostante l'inventario contro tutti i beni comuni, e si farebbe cosa utile aggiungendo una clausola espressa di separazione di debiti a quella di franco e libero, più vantaggiosa sotto un altro rapporto, come testè si è visto.

II. — Il pagamento dei debiti del coniuge falsamente dichiarato franco, può cagionare all'altro coniuge due sorta di danni: 1° uno scemamento della sua parte di comunione; 2° una riduzione dei fondi comuni ad una cifra insufficiente a soddisfare i varj dritti e crediti che egli possa esercitare. Questa seconda sorta di danno può aver luogo in alcuni casi, mentre la prima sempre e necessariamente nasce dal pagamento dei debiti di cui è parola. Anticamente discutevasi, se il dritto del coniuge ad una indennità debba estendersi pure alla prima

sorta di danno. Renusson (1) era pel sì; ma il più degli scrittori, specialmente Pothier, insegnavano del no (2).

Oggi non potrebbe farsene più quistione, e si deve la indennità per qualunque danno sofferto... Così vogliono i principj del dritto non che dell'equità; perchè col suo dolo, colla sua frode il coniuge, dichiarato franco, nuoce qui all'altro coniuge; e sarebbe questo il caso di obbligarlo alla riparazione in intero del danno cagionato, comunque sia avvenuto.

Dunque il legislatore cangiando nella sua natura e nei suoi effetti, come abbiain visto, l'antica clausola di franco e libero, dovea specialmente mutarla in tal punto, come ha fatto, poichè il nostro articolo, anzichè ammettere l'indennità quando ha luogo tale sorta di danno, non parla di questo, e dichiara in modo generale, che la indennità sarà dovuta ogni volta che la comunione abbia pagato i debiti anteriori al matrimonio del coniuge, dichiarato franco e libero. E ciò perchè tal pagamento, scemando l'attivo della comunione, reca sempre e necessariamente danno all'altro coniuge. La regola dunque è assoluta, come dovea essere, e la contraria idea di Battur (II-425), rigettata d'altronde da tutti gli scrittori (3), non può annullarsi.

III. — Fra i due coniugi non può sorgere dubbio se il debito dell'uno, pagato dalla comunione, sia o no veramente anteriore al matrimonio, e se possa dirsi tale quella che risulti da un atto con data certa; ma non è così per rispetto ai fideiussuri.

Fra i coniugi, qualunque debito di quella, dichiarato franco e che l'atto presenti come anteriore al matrimonio, si terrà per tale e darà luogo ad indennizzo, benchè non sia certa la data dell'atto; ed il coniuge debitore non può contraddire la data che egli stesso ha apposto all'atto.

(1) *Comunione*, parte I, cap. 11, nn. 36 e 37.
(2) *Repression* (*Comunione*, lib. 2, cap. 1, sez. 4); Lebrun (lib. 2, cap. 3, sez. 3, nn. 41 e 42); Bourjoa (*Dritto comune*, parte 3, cap. 5, sez. 1, n. 3); Pothier (n. 366).

(3) Delvincourt (I, 111); Toullier (XIII, 366); Marcadé, vol. III, p. I.

raulon (XV, 123); Bellot (III, p. 196); Zachariae (III, p. 213); Haller (*Contratto di Matrimonio*, alla parola *Matrimonio*); Rodiere e Paolo Pont (II, 229); Odier (II, 789); Duvergier (sopra Toullier); Trolong (III, 2059).

Ma se non bastando i beni del coniuge, l'altro voglia rivolgersi contro i fideiussori, allora diverrebbe delicata la questione. I fideiussori sono terzi i quali potrebbero opporre la mancanza di data certa; e si potrebbe dire, come una volta (1), essere impossibile star soggetti al capriccio del coniuge dichiarato franco, il quale potrebbe, con date antecedenti, obbligarli indefinitamente. Ma il coniuge che non deve rendersi vittima della mancanza di prova scritta e regolare dei debiti dell'altro coniuge, e non potrebbe far comprovare per iscritto debiti che sa di non esistere, può far la prova con tutti i mezzi, anche con testimoni; e siccome al postutto i dichiaranti sarebbero sempre in colpa, per aver troppo facilmente garantito una persona di cui punto o poco conoscevano la condizione o la probità, nel mentre che il coniuge non può nulla rimproverarsi, noi opiniamo doversi ammettere in principio come efficaci contro i fideiussori, e la prova per testi-

moni, e quella che risulti da un atto senza data certa, salvo a' fideiussori di provare con tutti i mezzi che quell'atto abbia una data antecedente, e che il debito è realmente posteriore al matrimonio.

Il nostro articolo non lascia dubbio su ciò che riguarda il modo di esercitare la azione per indennizzo. In principio questa azione non può mai sperimentarsi, o dal marito contro la moglie, o da questa contro il marito o i garanti di lui, se non dopo lo scioglimento della comunione. Ma il marito nello interesse della sua comunione, e per la migliore amministrazione, può agire anche durante la comunione contro coloro i quali han dichiarato franca e libera la moglie.

È questa la sola eccezione al principio, e gli stessi fideiussori, dopo aver pagato per la moglie l'indennità da essa dovuta, possono rivolgersi contro di lei, sciolta la comunione, ma non mai prima.

SEZIONE V.

DELLA FACOLTÀ ACCORDATA ALLA MOGLIE DI RIPRENDERE.

1514 (T). — La moglie può stipulare che in caso di rinuncia alla comunione, essa ripiglierà in tutto od in parte ciò che avrà conferito, tanto all'atto del matrimonio, quanto dopo; ma tale stipulazione non può estendersi al di là delle cose formamente espresse, e nemmeno a vantaggio di altre persone fuori che delle individuate.

In conseguenza la facoltà di ripigliare il *mobiliare* conferito dalla moglie all'atto del

matrimonio, non s'estende a quello che le fosse pervenuto durante il medesimo.

Così pure la facoltà accordata alla moglie non si estende ai figli, e quella accordata alla moglie ed ai figli, non si estende agli eredi, ascendenti, o collaterali.

In tutti i casi, non può essere ripigliato quanto si conferì, che facendosi prededuzione dei debiti particolari della moglie, i quali la comunione avesse soddisfatti.

SOMMARIO

- I. Clausola di riprendere ciò che si è conferito. Essa deroga al dritto comune, e deve quindi intendersi in un senso ristretto. L'idea si applica per le cose comprese nella clausola. Cattiva redazione del Codice.*
- II. Si applica per le persone citamute al godimento del dritto; errore di Toullier. Ipote-*

tesi diverse. Quando si apre il dritto; dopo aperto si può trasmettere come qualunque altro dritto.

- III. Esercitandosi il dritto con una rinunzia, costituisce il credito contro il marito: conseguenza. Esso si esercita deducendo i corrispondenti debiti della moglie.*

(1) Duplessis (*Comunione*, lib. 2, cap. 1, sez. 4); Pothier (n. 367).

I. — Si deroga anche alle regole della comunione legale, stipulando la moglie di riserbarsi il dritto di riprendere, rinunziando alla comunione, tutti o una parte dei beni entrativi per suo conto.

Tale stipulazione se non deroga (chechè se ne dica) al dritto comune delle società (1), deroga a quello della comunione, poichè, secondo questo, la moglie rinunziando perde ogni dritto sui beni entrati nella massa comune. Derogando al dritto comune devesi interpretare restrittivamente, quanto alle cose che ne fanno oggetto, e quanto alle persone in vantaggio di cui è scritta.

Quanto alle cose, se la moglie ha detto di riserbarsi o per essa, o per essa e tutti o qualcuno dei suoi eredi, il dritto di riprendere tutte le cose che ha recato, o tutto il suo mobile, o tutti i beni che ha messo in comunione, siccome allora è dubbio se di tutti i beni e conferimenti presenti, o dei beni e conferimenti presenti e futuri ha parlato la moglie, e solo sui presenti vi è certezza della sua volontà, a questi si limiterà la clausola; interpretando restrittivamente una stipulazione come si è detto più sopra, essa si applica agli oggetti che vi si trovano compresi in modo certo. Lo esempio dato dal Codice, credendo riprodurre il passo in cui Pothier indicava tale idea, lo snatura. Pothier infatti spiega che « dettosi semplicemente che la moglie riprenderà *quel che ha recato*, la convenzione racchiude quel che essa ha recato *maritandosi* ». Aggiungendo in questa frase alle parole *quel che essa ha recato*, queste altre *al tempo del matrimonio*, se ne muta il senso, e si dice cosa evidente.

Stipulando la ricupera solo per il mobile recato al tempo del matrimonio, restano sotto il dritto comune quelli che perverranno durante esso. — Se la clausola è solo stipulata per il mobile da pervenire per donazione, non si applicherà a quanto verrà per successione, e viceversa.

Se la moglie, anzichè dire che allo scio-

glimento potrà riprendere quel che essa *reca* o quel che *entra* per parte sua nella comunione (o quel che vi è *entrato* o quel che essa ha *recato*), direbbe quel che essa *avrà recato*, o quel che sarà *entrato*, siccome il futuro passato si restringerebbe al mobile presente, snaturando il senso naturale e grammaticale delle parole, la clausola abbraccerebbe allora tutti i mobili presenti e futuri (2).

II. — La clausola deve intendersi restrittivamente quanto alle persone chiamate a profittarne.

Nel mentre, in principio, il dritto che un individuo ha stipulato per sè, appartiene occorrendo ai suoi eredi o aventi-causa, qui la facoltà stipulata dalla moglie non appartenerrebbe ai suoi figli; quella stipulata per sè e suoi figli non appartenerrebbe ai suoi eredi ascendenti; quella riserbata per sè, per i figli e gli ascendenti, non potrebbe esercitarsi dai suoi eredi collaterali; e quella in ultimo stipulata per la moglie e suoi eredi senza distinguere la qualità di questi, non si estenderebbe nè a' suoi successori irregolari (figli naturali e lo Stato), nè a' suoi successori testamentari, cioè i suoi legatari anche universali. Se la clausola si fosse distesa in modo impersonale, dicendo che con una rinunzia si *potrà fare la ricupera* di tali o tali beni, tal frase che non indica specialmente persona alcuna, potrebbe o comprendere tutti gli eredi e aventi-causa, o alludere solo alla moglie; dei due sensi, essendo il più largo dubbio, e l'altro certo, bisogna, non ostante la contraria dottrina di Toullier (XIII, 381), attenersi al ristretto, e tranne alla moglie, negare a tutt'altri il dritto. Toullier intanto, combattendo su tal punto la soluzione degli antichi scrittori con una tal convinzione, che non basterebbe, egli dice, l'autorità della Corte suprema per farlo cangiar di parere, adotta un manifesto errore.

È chiaro infatti che la frase impersonale lascia intieramente dubbio se egli intenda

(1) Vedi Malepeyre e Jourdain (n. 130); Duvier (n. 264); Troplong (n. 660); Champoullièr e Rigaud (n. 2756); Rodière e Paolo Pont (II-236).

(2) Lebrun (I. 3, cap. 2, sez. 2, dist. 5); Pothier (n. 401); Rodière e Paolo Pont (II-260); Caen, 28 maggio 1849 (Dev., 49, 2, 694).

parlare di altre persone che la moglie; e mentre la legge impone d'interpretar la clausola rigorosamente, non la si può applicare a tali persone. L'idea di Toullier è stata rigettata anche dal suo annotatore (1).

Ma non bisogna eccedere nel rigore; ogni qualvolta la volontà delle parti, quantunque non esplicita nel contratto, pure si manifesti chiaramente, dovrà avere il suo effetto. Così, quando si stipuli la facoltà per la moglie e per i suoi eredi collaterali, vi si dovranno dichiarar compresi gli ascendenti e i discendenti, poichè chiamandosi nel contratto gli eredi meno favoriti, gli altri vi si dovranno comprendere *a fortiori*. Parimente, chiamandosi esplicitamente gli ascendenti, i discendenti s'intendono chiamati virtualmente. Infine, chiamandosi i *figli*, s'intendono tutti i *discendenti*; poichè al postutto sono sinonime le due parole; la parola *figli* è una espressione generica che si impiega per tutte le generazioni, aggiungendovi anche le parole di 2° grado, di 3° grado, ecc., non che di 1° grado; e lo stesso Codice, che così ovunque l'intende, nel nostro articolo la prende appunto in tal senso, distinguendo le tre classi di eredi in *collaterali*, *ascendenti* e *figli*. Tale espressione di ligli inoltre abbraccia quelli di qualunque qualità; i naturali e gli adottivi, come i legittimi, quelli d'un precedente matrimonio, come quelli nati dal matrimonio (Pothier, numeri 387-390).

Se la moglie lascia insieme un erede di sangue, chiamato ad esercitar la ricupera, ed un legatario universale non chiamato, s'aprirà egli il dritto? Se l'erede è legiti-

timario, si apre il dritto, poichè egli è investito della eredità, non ostante vi sia il legatario universale (art. 1004 (930 M)); ma se per l'incontro vi sia un erede non legittimario, in tal caso il legatario universale è l'investito (artic. 1006 (932)); l'eredità non è più tale, e non essendo, per ipotesi, compreso nella clausola il legatario, il dritto non si apre, la ricupera non può esercitarsi.

Del resto, dicendosi che le persone non chiamate nel contratto non possono esercitare il dritto di ricupera, ciò non importa che esse non lo potranno *esercitare* assolutamente, ma che non può *aprirsi* per esse: aperto il dritto in persona di colui per il quale fu stipulato, esso potrà dipoi, come qualunque altro dritto, trasmettersi ai rappresentanti di essa persona o esercitarsi dai suoi aventi causa.

Or questo dritto si apre non scioglimento della comunione: vero che esso può solo esercitarsi rinunziando alla comunione (2), ma tale rinunzia è una specie di peso, un obbligo necessario perchè si eserciti il dritto; ma non per essa si apre il dritto ed ha effetto in pro della persona, ma per il fatto stesso dello scioglimento. Sicchè il dritto di ricupera si apre o pur no, secondochè allo scioglimento della comunione esista o non la persona o una delle persone chiamate.

Così, per esempio, se il dritto si stipula solo per la moglie, e la comunione si scioglie per la morte di lei, o se stipulandosi per la moglie e per i suoi ligli, essa muore senza lasciarne, il dritto di ricupera non esisterà. Se per l'incontro la comunione si scioglie o per la morte del marito o

(1) La *Thaumassière* (Quist., 2 cent., cap. 72); Pothier (n. 385); Andière e Paula Pont (II-215); Duvier (sopra Toullier, loc. cit.); Troplong (II-207).

(2) È ben chiaro che la moglie, staccata giudicò una decisione di Tolosa del 27 gen. 1844 (Ball., 44, 2, 391), non può mai ricuperare ciò che ha conferito, se non rinunciando alla comunione; e non comprendiamo come Ballaz, riportando tale decisione, abbia messo in dubbio se la moglie potrebbe stipulare questa ricupera anche per il caso di rinuncia. Una moglie può stipular sempre di riprendere i suoi mobili, si accettando che rinun-

ziando, ma questo dritto di riprender tutti o una parte dei suoi mobili senza condizione, assolutamente e in qualunque ipotesi, non sarà più la clausola di riprender quel che si ha conferito, ma una clausola di esclusione. Poichè il dire che essa intende riservarsi, come propri, i suoi mobili, lascia ancora alla comunione il godimento, o che li rilascia alla comunione per riprenderli allo scioglimento, ciò vale lo stesso. Si applicherebbero allora le regole spiegate sopra alla sezione II, e non quelle del nostro articolo. Vedi Paula Pont e Andière (II-240); Troplong (II-2105).

per la separazione di persona o di beni, il dritto si apre al momento istesso in prò della moglie, e quand'anche essa muoja pochi giorni o poche ore dopo, il dritto è nel suo patrimonio, e la trasmetterà ai suoi eredi, qualunque si fossero, figli, ascendenti, collaterali, legatari, ec., i quali lo eserciteranno rinunziando alla comunione: e se la moglie, o dopo di lei i suoi rappresentanti lo trascureranno, esso si potrà esercitare dai loro eredi, giusta l'articolo 1166 (1119).

III. — Se la moglie abbia trasmesso alla comunione i beni di cui ha stipulato la ricupera, potendo il capo di essa comunione, divenuta pienamente proprietaria, disporre ed alienarli, la moglie non potrebbe riprenderli più in natura; essa ha dritto solo al valore che avevano i beni entrando nella massa comune; essa non ha che un dritto di credito (1). E siccome per l'effetto stesso della sua rinunzia, la comunione più non esiste, ed i beni prima comuni son tutti divenuti beni del marito, questo credito si esercita non contro la comunione, la quale più non esiste, ma contro il marito, e produrrà gl'interessi, non ostante la contraria dottrina di Rodière e Paulo Pont, e d'una decisione della camera dei ricorsi (2), dal giorno della dimanda giudiziale. Questa idea è stata svolta già sotto l'articolo 1493 (T).

Del resto, quest'ultima regola del nostro articolo l'abbiamo già spiegata sotto l'articolo 500 (423); la moglie per esercitar la sua ricupera deve render conto alla comunione dei suoi debiti da questa pagati, i quali corrispondono all'attivo che essa

riprende. Così, se essa riprende tutti i mobili recati al tempo del matrimonio, e che secondo i principi erano entrati nell'attivo comune, deve sostenere tutti i debiti mobiliari di cui essa era allora gravata, e che per reciprocanza erano entrati nel passivo sociale; se il suo dritto di ricupera verterà sulla metà dei mobili, essa sosterrà la metà di questi stessi debiti; se il dritto fosse stato stipulato per i mobili delle successioni e donazioni da pervenire durante il matrimonio, la moglie dovrà rimborsar la comunione soltanto dei debiti di esse successioni e donazioni; se infine essa avesse stipulato la ricupera di una determinata somma o d'un oggetto particolare, i debiti resteranno tutti interi a carico della comunione, poichè *universi patrimonii, non certarum rerum, aes alienum onus est*. Quest'ultima proposizione, chiara come le altre, è professata a ragione da Pothier (n. 411), è stata nondimeno notata da Battur (II-445); ma la censura è fondata sopra uno scambio preso dallo stesso Battur. Egli suppone che Pothier parli d'una moglie la quale riprenda la somma o l'oggetto determinato che avrebbe costituito tutta la sua dote, mentre qui invece si tratta d'una moglie la quale, fatta la collazione ordinaria e di dritto comune, cioè di *tutti i suoi beni mobili*, abbia stipulato la ricupera del tal mobile o di una somma di... Or se la moglie nel primo caso deve sostenere i suoi debiti, non li dovrà nel secondo. E ciò è ben chiaro; poichè nel primo caso (oltre qualunque questione di ricupera) la sua collazione d'una determinata somma o d'un corpo certo ha lasciato propri nel

(1) Conseguentemente alla giurisprudenza da noi citata sotto l'articolo 1472 (T), n. 3, nota 1, molte decisioni han giudicato che questa clausola di ricupera di quel che si ha conferito franco e libero, in caso di rinunzia, darebbe alla moglie il dritto di esercitar le sue ricupere, in preferenza ai creditori, sui beni della comunione e su quelli del marito. — Vedi specialmente Parigi, 23 apr. 1835; Metz, 12 e 14 giugno 1835 (Devill., 55, 2, 321 e 449). La Corte di cassazione giudicò anche, che la stipulazione parziale della regola dotale risulta dalla clausola con cui si dichiara che la moglie o i suoi eredi avranno il dritto, nel caso di rinunzia della loro parte di comunione, di riprendere franco e li-

bero ciò che han conferito, ad esclusione di tutti i creditori della comunione, anche quando la moglie si sia obbligata congiuntamente col marito, o quando sia stata personalmente condannata. Rig., 7 febbraio 1833 (Dev., 55, 1, 380) e 16 apr. 1836 (Dev., 56, 1, 411). Queste soluzioni sono assolutamente contrarie ai principi in materia di comunione, e mettono il più grave scompiglio nella pratica. V. su ciò le osservazioni critiche di Paulo Pont nel *Dritto* del 19 aprile 1836, e nella *Rivista critica*, tomo IX, p. 97 e seg. — Vedi pure Dijon, 3 aprile 1835 (Dev., 55, 2, 209).

(2) Paulo Pont e Rodière (II 262); Rig., 3 febbraio 1835.

suo patrimonio tutti i suoi beni mobili, done un oggetto particolare, la comunione formaudo così una tacita clausola di separazione di debiti (articolo 1511 (T)); ma nel secondo, avendo messo la moglie in comunione tutti i suoi mobili, e recuperan-

SEZIONE VI.

DELLA PRECAPIENZA CONVENZIONALE.

1515 (T). — La clausola colla quale il coniuge superstite è autorizzato a prelevare prima di qualunque divisione una data somma o una data quantità d'effetti mobiliari in natura, non dà diritto a tale prededuzione, in vantaggio della moglie sopravviven- te, che quando essa accetti la comu-

nione, purchè nel contratto di matrimonio non le sia stato riservato un tale diritto, anche in caso di rinuncia.

Fuori del caso di questa riserva, la prededuzione non si eseguisce, che sulla massa divisibile, e non sui beni particolari del coniuge premorto.

SOMMARIO.

I. Della precapienza. Quale può essere il suo oggetto. Dottrina di Pothier, che non può applicarsi sotto il Codice: controversia.

II. La precapienza può anche stipularsi indipendentemente dalla sopravvivenza di chi ha il

beneficio, sebbene il Codice non ne parli.

III. Nei due casi la moglie vi ha dritto accettando. Il dritto che essa stipulerebbe assolutamente e senza condizione di accettare, non sarà una precapienza.

I. — Nei contratti di matrimonio si può stipulare, o indistintamente pel coniuge sopravviven- te, o per il tale di essi che sopravvive, il dritto di prelevare pria della divisione una tal somma o quantità di mobili o di immobili, od anche danaro, mobili ed immobili, o congiuntamente o alternativamente. Tal dritto di prelevamento si dice precapienza (*preciput*) da *prae capere*, prendere pria della divisione; e precapienza convenzionale, nome anche oggi esatto (risultando tal dritto dalla convenzione inserita nel contratto), non ha più il particolare senso d'altra volta, in opposizione alla precapienza legale, cioè stabilità di pieno diritto da alcune Consuetudini. Non vi è più oggi precapienza legale sotto il Codice, ed il dritto di prelevamento è sempre convenzionale.

Diciamo noi che il dritto può avere per oggetto ogni sorta di beni della comunione,

separatamente, alternativamente o congiuntamente, poichè i coniugi posson fare qualunque stipulazione non contraria ai buoni costumi o all'ordine pubblico. Posson perciò convenire che il sopravviven- te preleverà o danaro, o mobili o immobili in natura, o beni in natura e danaro insieme, o beni o danaro a sua scelta; e l'oggetto può essere o una stabilita somma, o i tali beni determinati, o mobili o immobili fino alla concorrenza di una somma di....., o una parte della comunione (il quarto, l'ottavo, ecc.) o finalmente tutti i beni di una determinata specie: per esempio, se per la moglie, tutti gli abiti, gioje, oggetti di lusso; se per il marito, i suoi libri, oggetti d'arte o di scienza, le sue armi e cavalli, ecc. Diceva Pothier (n. 441), che nel caso di precapienza di beni di una certa classe, la clausola avrebbe il suo effetto se i beni della indicata specie non fossero di gran

(1) Duranton (XV-162); Zachariae (III, 347); Paolo Pont e Rodière (II-265); Odier (II-863); Troplong

(III-2102).

valore, e che gli eredi del coniuge premorto potrebbero far decidere dal magistrato se il valore sia o no proporzionato agli averi dei coniugi onde ridurlo se eccede. Ma non ostante l'opinione di alcuni scrittori (1), tale idea è inammissibile sotto il Codice. L'arbitrio dato ai magistrati nella antica giurisprudenza è loro interdetto, ed essendo permesso ai coniugi di dare all'uno di essi anche l'intera comunione (articolo 1525 (T)), con più ragione possono essi dar la tale o tale specie di beni, che quella compongono. Certo che se per molto avvantaggiare il sopravvivente dei coniugi si è acquistata gran quantità di oggetti, prevedendo la vicina morte dell'altro coniuge, la prova potrebbe farsi ed ottenersi la riduzione; perchè sarebbe violato il vero concetto del contratto. Ma tranne la frode, non può censurarsi il risultamento della disposizione, nè nella nostra ipotesi, nè in qualunque altra (2).

II.—Diciam pure che la precapienza può stipularsi o in vantaggio del coniuge che sopravvive, o soltanto del tal coniuge, nel caso che sopravviva. — Può anche, essendo liberi i coniugi di far qualunque convenzione non contraria all'ordine pubblico, essere stipulata indipendentemente dalla sopravvivenza del coniuge all'altro, e per ogni divisione della comunione, qualunque sia la causa del suo scioglimento. La precapienza può dunque, in quanto al coniuge, e non parlando dei suoi eredi, essere stipulata in tre modi: 1. pel coniuge che sopravviverà all'altro coniuge; 2. per il tal coniuge se sopravvive; 3. finalmente anche per il tal coniuge allo scioglimento della comunione, qualunque ne sia la causa.

Anche in quest'ultimo caso la precapienza sarebbe condizionale come nei due altri; sarebbe essa subordinata alla condizione che il coniuge sopravviverà non più all'

l'altro coniuge, ma almeno allo scioglimento della comunione e che questa non finirà con la morte di lui. La clausola di precapienza, derogando al dritto comune, deve intendersi restrittivamente, e se è stipulata per la moglie, il dritto non appartiene agli eredi di lei se non sieno formalmente chiamati. Quando dunque si dirà, che sciogliendosi la comunione potrà la moglie prendere per precapienza i tali beni, la clausola avrà effetto solo se la comunione si scioglie con la morte del marito o con la separazione sia di persona sia di beni, ma non se essa si scioglie con la morte della moglie. Sarebbe altrimenti se si fosse detto: « Potrà la moglie, *sopravviva o premuota* », o anche: « *la moglie o i suoi eredi potranno* ». E siccome tale stipulazione pel marito e *sui* eredi può farsi, o soltanto quando si scioglie la comunione per la morte, o anche se per qualsiasi causa, la stipulazione della precapienza può dunque, quanto all'avvenimento che deve aprirla, farsi in cinque diversi modi.

Bechè la precapienza possa così stipularsi in vantaggio di un coniuge per qualunque scioglimento della comunione, e indipendentemente dalla primorienza dell'altro coniuge, pure il Codice non parla di tal caso, molto meno frequente dell'altro. ma solo *de eo quod plerumque fit*, supponendo nel nostro articolo e nei seguenti una precapienza stipulata esclusivamente per la primorienza dell'altro coniuge.

III.—D'altronde, nell'un caso e nell'altro la moglie ha soltanto dritto alla precapienza accettando la comunione; perchè la precapienza è un atto preliminare della divisione, è il dritto di prendere due parti nei beni comuni; or rinunziando la moglie, non vi son più beni comuni, non più divisione da farsi (3). Il nostro articolo, dopo aver detto che la moglie ha dritto al prelevamento se

(1) Merlin (*Rep.*, alla parola *Precap. con.*, § 2, n. 3); Battur (II-467); Zachariae (III, 549).

(2) Sic Toullier, tom. XV, n. 407; Paolo Pont e Rodière, tom. II, n. 283. — Ma la clausola con cui è stipulato che la moglie, premorendo il marito, toglierà a titolo di precapienza le sue gioie e diamanti, o in loro vece una determinata somma, dà alla moglie il solo dritto di esercitare la

precapienza sulla massa della comunione; la moglie non ha dritto d'esser pagata sui beni personali del marito. Rig., 3 agosto 1832 (Dev., 52, 1, 833).

(3) Vedi Amiens, 23 gennaio 1831 (Dev., 53, 2, 112. — Vedi pure Paolo Pont e Rodière (I. II, numero 290).

accetta la comunione, par che faccia eccezione a tal principio col dire «tranne che il contratto non le abbia riservato tal dritto anche rinunziando». Ma coteste parole mal rispondono al concetto, e non vi è la pretesa eccezione. È impossibile infatti si faccia un *preferimento pria della divisione* (nsiamo dei termini stessi della legge), quando non vi è divisione. Certo ha voluto dire il Codice potersi stipulare, sia per la moglie soltanto, o per essa e suoi figli, ascendenti, eredi o altri successori, il dritto di prendere, tanto accettando che rinunziando, o una certa somma, o beni in natura fino alla concorrenza di... o i tali mobili o immobili determinati. Ma questo non è più un dritto di precapienza, di prelevamento sulla comunione; bensì un credito della moglie contro il marito, e diversi ne sono i risul-

tamenti (1).

Una vera precapienza può solo esercitarsi sui beni comuni; in guisachè il coniuge beneficiato che può prendere fino all'ultima centesimo dell'attivo sociale per soddisfare la sua precapienza, non può nulla pretendere al di là, nè agire su' beni personali del suo coniuge; e se la comunione non ha un attivo che basti, la precapienza sarà in parte soddisfatta; ed ove attivo non vi sia, essa non lo potrà essere punto.

Se al contrario la moglie si è riservata assolutamente un dritto, sì rinunziando che accettando, e indipendentemente dai dritti che essa può avere sulla comunione, lo stato di questa si fa indifferente, e può la moglie, accetti o rinunzi, esercitare il suo dritto su' tutti i beni del marito, o dei suoi eredi (Pothier, n. 448).

1516 (T). — La prededuzione non si riguarda come un vantaggio soggetto alle

formalità delle donazioni, ma come una convenzione matrimoniale.

SOMMARIO.

1. Cattiva redazione dell'articolo. La precapienza non è una donazione e non può ridursi,

oltre il caso dell'articolo 1527 (T): controversia.

1. — Benchè la precapienza sia vantaggiosa al coniuge che l'ottiene, non costituisce essa, nella teoria della legge, una ordinaria donazione, che gli eredi legittimari potrebbero far ridurre in caso che ecceda la quota disponibile; essa in generale si reputa convenzione tra soci, clausola a titolo oneroso, e solo dai figli d'un primo matrimonio del coniuge che procura il beneficio, potrebbe, secondo la disposizione dell'articolo 1527 (T) simile a quella dell'art. 1496 (T), esser censurata in caso di eccedenza.

Delvincourt (l. III) e Bugnet (sopra Pothier, l. VII, p. 246), prendendo alla lettera il nostro articolo, insegnano che soltanto per le formalità la clausola non è riguardata donazione, e che tutte le regole delle donazioni debbono applicarsi; ma tale

interpretazione non può ammettersi in faccia all'ultime parole del nostro testo, alla disposizione dell'art. 1525 (T), in ultimo alla dottrina di Pothier.

La cattiva compilazione della prima parte del nostro art. 1516 (T) è poi corretta, poichè dopo aver detto che la precapienza non si reputa soggetta alle formalità delle donazioni, il che potrebbe far credere che non sia meno considerata come donazione, la legge dice che non lo è, e che tal precapienza legalmente costituisca una *convenzione di matrimonio*. D'altro lato lo art. 1525 (T), prevedendo un caso molto più grave del nostro (in cui si tratta di assegnare al superstite tutta intera la comunione), dichiara anche che la clausola sarà riputata *convenzione di matrimonio*, e spiega che il vantaggio non sarà governato dalle

(1) Fedi una decisione di Limoges del 6 agosto 1849 e le osservazioni del raccoglitore il quale

par creda a torto essersi una vera precapienza (Dev., 30, 2, 108).

regole delle donazioni sì per la sostanza che per la forma; se così è per l'assegnamento di tutta la comunione, con più ragione lo sarà per una semplice precapienza.

Finalmente la lettura di Pothier fa conoscere d'onde sia nata la mala redazione, d'onde venne fuori la difficoltà. Diciam noi, presa alla lettera la frase non avrebbe alcun senso; perchè qual sarebbe la formalità dispensata per la precapienza? Non l'autenticità, dovendo essere autentico ogni contratto di matrimonio (art. 1394 (1348)); non l'accettazione espressa, dispensandone la legge tutte le donazioni fatte nel contratto di matrimonio (art. 1087 (1042)); non la trascrizione, non potendo esservi sottoposta la precapienza perchè non si oppone ai terzi; (art. 1519 (T)) non lo stato

estimativo, richiesto per le donazioni di mobili, perchè qui trattasi di beni futuri, per la donazione dei quali lo stato estimativo non è nè può essere richiesto (articolo 948 (872), n. 1 *in fine*). D'altronde il difetto della compilazione facilmente si spiega. Nel dire Pothier (n. 442) che la precapienza non è una donazione, bensì una convenzione di matrimonio, aggiunge che in conseguenza non è soggetta alla *formalità dell'insinuazione*, ed i nostri compilatori che non potean più parlare dell'insinuazione, già tolta di mezzo, han dichiarato la clausola libera dalle *formalità* delle donazioni. Ma non ostante tal frase che non può aver senso, ben si comprende il vero concetto dell'articolo, manifestato chiaramente dal suo fine e dall'art. 1525 (T) (1).

1517 (T). — Si fa luogo alla prededu-

Si apre la precapienza all'avvenimento per cui si è stipulata; se stipulata in vantaggio del tal coniuge, in qualunque modo la comunione si scioglia, si aprirebbe indipendentemente dalla morte d'alcuno dei coniugi, per la semplice separazione di beni; se come d'ordinario, e come lo suppongono tutti i nostri articoli, è stata soltanto stipulata pel sopravvivevole dei due coniugi, si aprirà il dritto solo per la premorienza dell'altro. Ma devesi ritenere come premorto il coniuge che è morto civilmente? Tal quistione ora non è più controversa. Il Codice applicando qui il principio stabilito nell'art. 25 (T), paragrafo ultimo, cioè che il coniuge, come gli eredi del morto civile, possono esercitare tutti i dritti che si aprirebbero per la morte naturale, vuole che la morte civile d'un coniuge, apra come la naturale, la precapienza dell'altro coniuge.

Spetta a colui che intende esercitare la precapienza, provare che il dritto si è aperto in suo vantaggio, o del suo autore. Diciamo o in vantaggio del suo autore, perchè

zione per la morte naturale o civile.

apertosi il dritto, esso può trasmettersi come qualunque altro, e se la moglie che avea stipulata la precapienza nel caso di sua sopravvivenza, sopravvive in fatti al marito, il dritto di lei apresi immediatamente; e se morisse, i suoi eredi lo eserciterebbero, provando esser ella sopravvissuta, anche per pochi istanti.

Ma gli eredi di lei devono provare il fatto della sopravvivenza; e quand'anche si trattasse da un lato, di due coniugi, chiamati ugualmente alla precapienza stipulata per qualunque dei coniugi che sopravvivrà, e d'altro lato, i coniugi fossero morti nello stesso avvenimento, non si potrebbero qui invocare le presunzioni di sopravvivenza stabilite dagli art. 720-722 (641-643). Nello spiegare i quali vedemmo che possono estendersi soltanto ai casi previsti, e se gli eredi di uno dei due coniugi non potesse provare che il loro autore è morto l'ultimo, svanirebbe il dritto alla precapienza, e la comunione si dividerebbe in metà (Pothier, num. 441).

1518 (T). — Quando lo scioglimento della

comunione deriva dal divorzio o dalla se-

(1) V. Paolo Pont e Rodière (t. II, nn. 277 e seguenti).
MARCADÉ, vol. III, p. I.

parazione personale, non vi è luogo allo attuale rilascio della cosa da prededursi; ma il coniuge che ha ottenuto o il divorzio o la separazione personale, conserva i suoi diritti alla prededuzione nel caso di soprav-

vivenza. Se la moglie ha ottenuto il divorzio o la separazione, la somma o la cosa che costituisce la prededuzione, resta sempre provvisoriamente al marito coll'obbligo di dare cauzione.

SOMMARIO.

I. Redazione incompleta e viziosa dell'articolo. Disegno della spiegazione.

II. Schiarimento della prima frase del testo. Precapienza ordinaria.

III. Seconda frase: Precapienza stipulata anche

nel caso di rinunzia. La cauzione si deve solo in tal caso: controversia.

IV. Del caso di separazione! di beni. Della precapienza stipulata senza condizione di sopravvivenza.

I. — Infelice oltre ogni dire è la compilazione di questo articolo, ed ognuna delle sue due frasi, e più la seconda, presa alla lettera, trarrebbe a falsissime idee. Specialmente la seconda; perchè la prima al posto è molto esatta, se la si riguarda sotto l'aspetto con cui furono scritti gli articoli della nostra sezione, cioè quando trattasi della precapienza che apresi alla morte di uno dei coniugi: il solo lievissimo difetto da rimproverarle si è l'aver omesso il caso di separazione di beni. Ma non è lo stesso della seconda, la quale anche sotto tale aspetto è difettosa stranamente e inescusabilmente.

Spiegheremo in pria separatamente ognuna delle due disposizioni dell'articolo, guardandole sotto il loro proprio aspetto; poscia le compiremo con l'esame dei casi previsti.

II. — Primieramente dice la legge che la precapienza di cui essa tratta, cioè quella stipulata per la premorienza d'uno dei coniugi, non dà luogo allo attuale rilascio in caso di scioglimento fatto per la separazione di persona (al divorzio non si pensa più); ma che il coniuge che ha fatto dichiarare la separazione conserva i suoi dritti pel caso in cui sopravviva.

Semplicissima è tale proposizione. Quando la precapienza deve aprirsi, come spesso accade, se il coniuge chiamato sopravviva all'altro, non lo si può se la comunione

si scioglia per la separazione di persona perchè tuttavia vivino i due coniugi, ed ignorasi chi sarà il primo a morire. — Sia dunque che la precapienza sia stata stipulata indistintamente per quello dei coniugi che sopravviverà (ciò suppone il nostro articolo), o solo per il tal coniuge, non si apre ora la precapienza, ma potrà aprirsi più in là, e non in vantaggio dell'uno o dell'altro coniuge, bensì, come dice il nostro articolo, in vantaggio di quello che ha ottenuto la separazione. Colui contro cui è stata pronunziata la separazione, perde ogni dritto alla precapienza secondo l'articolo 299 (228), il quale scritto per il divorzio estendesi alla separazione di persona, siccome d'altronde l'abbiamo dimostrato, ed è stato riconosciuto dalla giurisprudenza oggi costante della Corte suprema (I) e delle Corti di appello (art. 211, n. I e II) (T).

Se la precapienza dunque era stipulata in vantaggio del tal coniuge contro cui appunto è pronunziata la separazione di persona, la precapienza non sarebbe dovuta. Ma se stipulata per il sopravvivate, qualunque si fosse, o se quello dei coniugi chiamato dal contratto fa pronunziare la separazione, la precapienza si aprirà poi. Quindi, dopo divisa in metà la comunione, il coniuge che potrebbe forse aver dritto alla precapienza sarà creditore, sotto condizione, contro l'altro coniuge per la

(1) Tra le decisioni citate nei precedenti volumi se ne può uire altra più recente: Cass. (di una

decisione di Douai) 18 giugno 1849 (il *Dritto* del 19).

metà di essa (avendo l'altra nella sua porzione di comunione), e se egli poi sopravvive, chiederà il pagamento di tal metà dalla successione del predefunto. Se la precapienza dovrà pagarsi in danaro, la metà è determinata dal contratto; nel caso contrario bisognerà, al tempo della divisione, fare una stima delle cose soggette a precapienza, onde stabilir la somma che dovrà pagare al sopravvive l'eredità del premorto. Ciò dice Pothier (n. 445); e su tal punto ei pruova, del pari che il nostro articolo, l'inammissibilità della dottrina da noi confutata, secondo la quale il coniuge la cui successione potrà pagare poi la metà della precapienza, sarebbe obbligato a dare cauzione all'altro coniuge; la quale imponesi nel particolar caso e del tutto diverso di cui tratta la seconda frase dell'articolo.

III. Tal frase, tanto mal redatta significherebbe che in tutti i casi in cui la moglie conserva un dritto eventuale alla precapienza, resta al marito fino alla morte dell'uno dei coniugi tutto che riguarda la precapienza... Basta ciò a mostrare l'assurdo di tali idee. Sia una comunione con un attivo netto di 50,000 fr. su cui la moglie ha stipulato una precapienza di 10,000: questa che in ogni ipotesi, e quando sia la prima a morire, ha sempre dritto alla sua metà di comunione, o a 25,000 franchi, secondo tal sistema sarebbe astretta di lasciare al marito il godimento non solo della metà della precapienza eventuale che entra nella di lui porzione, ma anche dell'altra che entra nella propria porzione, e non potrebbe quindi prendere nella divisione che 20,000 franchi! Pure essa che ne avrebbe 25,000, se non avesse stipulato un particolar vantaggio, ne avrà solo 20,000, perchè riserbavasi la precapienza! Certo i compilatori non han detto quel che volevano, ma ciò è indicato dalla natura delle cose e da Pothier.

Hanno essi creduto stabilire tal regola,

non come dice il testo, per tutti i casi in cui la moglie conservi il suo dritto di precapienza, ma per il particolare in cui essa conservi, *rinunziando*, il suo dritto ad una precapienza da lei stipulata in caso di rinunzia. Di ciò parlava Pothier dopo aver trattato delle altre ipotesi (n. 448).

In tal modo, riserbandosi la moglie, anche nel caso di rinunzia, una precapienza di 10,000 fr. (impropriamente detta, come si è visto sotto l'art. 1515 (T), n. III), e che alla separazione di persona rinunzia alla comunione, l'applicazione della regola è ragionevole: per la rinunzia della moglie resta il marito il solo proprietario dei beni comuni, e resta a lui provvisoriamente, e salvo a restituire ove la moglie sopravviva, non la metà ma tutto che riguarda la precapienza. È dunque unicamente alla moglie che *rinunzia* applicata la nostra disposizione, siccome riconoscono tutti gli scrittori (1).

Ma se tutti son d'accordo su ciò, non lo sono su di un altro punto, che pure è conseguenza del primo, cioè se si dovesse domandare cauzione per la moglie che rinunzia. Molti giureconsulti credono che possa anche chiedersi la cauzione quando la moglie accetti, e divida in metà; ma non sono tra essi in armonia, e mentre gli uni danno alla moglie il dritto di domandar la cauzione, sostengono altri che spetti al marito (2).... Appartenga ciò al marito o alla moglie, l'idea non è esatta; poichè solo la moglie che *rinunzia* può domandar la cauzione.

In principio la cauzione può chiedersi da colui a cui è stata accordata da una convenzione o da un testo di legge; in mancanza di regola espressa, tal facoltà non apparterebbe ad alcun creditore, anche attuale ed immediato, e con più ragione ad uno eventuale, come un coniuge precapiante. Parlando solo il nostro articolo della moglie, è certo che tranne una espressa stipulazione nel contratto di matrimonio, tal dritto

(1) Delvincourt (I. III); Toullier (XIII-397), Duranton (XV-194), de Villargues (Prec. conv. n. 36), Zachariae (III, p. 350), Paolo Pont e Rodière (II-301), Taulier (V, p. 205), Odier (II-880), Duver-

gier (sopra Toullier).

(2) Delvincourt, Duranton, Zachariae, Duvergier, Mourlon (p. 93).

non può appartenere al marito. Ma se il marito, che potrebbe forse aver dritto ad una precapienza, di cui la moglie ha provvisoriamente la metà, non può chiedere da lei cauzione, come potrebbe ella, nel caso inverso chiederla al marito?..... La cauzione o si dava ad entrambi o a nessuno. A tal ultima idea si è attenuto il Codice, poichè l'articolo prevede separatamente con due frasi: 1° il caso di divisione della comunione in metà; 2° l'assegnamento di tutta la comunione al marito per la rinunzia della moglie, ed in tal ultimo caso autorizza la cauzione.

Invano direbbesi che la seconda frase parla della moglie in generale, e senza distinzione di sorta, essendo riconosciuto dai nostri stessi contraddittori essere giusto in tal punto difettosa la compilazione, e che soltanto per la moglie che *rinunzia* è scritta tal frase. Da ultimo, le due regole del nostro artic. son semplicissime atteso le spiegazioni che i nostri compilatori leggevano in Pothier; il quale dopo aver detto della divisione in metà senza parlare nè di cauzione nè di altra garanzia aggiungeva, per il caso in cui la rinunzia della moglie lasciava al marito tutta la precapienza da lei stipulata per la medesima rinunzia, che la convenzione rendeva il marito e i suoi eredi *garanti della precapienza* in faccia alla moglie (n. 448).

Il dritto di richiedere la cauzione, non ammesso nei casi ordinari, lo è stato più facilmente per i due fatti, che da un lato resti al marito tutta la precapienza e non una porzione, e che dall'altro il cattivo stato della comunione (manifestato dalla rinunzia della moglie) dia men sicurezza per l'amministrazione del marito. Se questi non dà cauzione, potrebbe essa suppirsi o col deposito eseguito nella cassa dei depositi, o impiegando con buona ipoteca una somma uguale al valore della pre-

capienza, e di cui il marito avrebbe i frutti.

IV. Parliamo dei due casi non previsti dal nostro articolo: il primo è quello in cui, essendo stipulata la precapienza, siccome suppone il Codice, solo per la sopravvivenza, sarebbe sciolta la comunione non con la separazione di persona, ma con quella di beni. Nella separazione di persona le regole sarebbero le stesse, tranne che non vi sarebbe decadenza per il marito contro cui si è pronunziata la separazione (non parliamo della moglie la quale non può chiedere la separazione di beni). Qualunque sia il conjughe chiamato alla precapienza, conserverà sempre il suo dritto eventuale; se la moglie accetta si dividerà la comunione provvisoriamente in metà, salvo a riprender poi il superstite la metà della precapienza sulla eredità del suo coniuge premorto, senza che l'uno e l'altro coniuge abbiano il dritto di domandare la cauzione; che se la moglie rinunzia, ed abbia stipulato la sua precapienza, anche in tal caso, riman questa per intera provvisoriamente al marito coll'obbligo di dar cauzione.

Il secondo caso è d'una precapienza stipulata non per la morte d'uno dei conjughi, ma per qualunque scioglimento della comunione; in tal caso non potrebbero più applicarsi le disposizioni del nostro articolo, tranne sempre la decadenza del conjughe contro cui si pronunzia la separazione di persona. Si sciogla adunque la comunione o con la separazione di persona, o con quella di beni, sarà più nulla provvisorio, come nel caso del nostro articolo; ma tutto sarà definitivo perchè appunto l'indicato avvenimento dovea aprire la precapienza già compitasi. La quale, o si dovrà pretendere immediatamente, o immediatamente si estinguerà se è pronunziata la separazione di persona contro il coniuge chiamato alla precapienza.

1519 (T).—I creditori della comunione hanno sempre il dritto di far vendere gli effetti compresi nella prededuzione, salvo al

coniuge il regresso, in conformità dell'articolo 1515 (T).

I. In qualunque modo sia stipulato il dritto di precapienza non può mai oppor-

si ai creditori della comunione; i quali posson sempre far sequestrare e vendere i beni, anche particolarmente determinati, che fan l'oggetto della precapienza, del pari che il marito, qual capo della comunione, può sempre alienarli, non potendosi opporre la moglie, per cui sarebbe stipulata la precapienza. Il coniugo precapiente potrà rivolgersi pel valore della precapienza, o sugli altri beni comuni e fino alla loro concorrenza, per una ordinaria precapienza, o anche, per una stipulata dalla moglie anche nel caso di rinunzia, sui beni personali del marito, come si è visto sotto l'art. 1515 (T).

Il nostro articolo pria che fosse definitivamente compilato, diceva: « salvo il re-

gresso pel valore degli effetti nella *divisione della comunione*. » Ma il Tribunale, cui ne fu fatta la comunicazione, fece osservare che nella precapienza stipulata dalla moglie anche nel caso di rinunzia, l'azione di lei, secondo l'art. 1515 (T), non era ristretta ai beni della comunione, e propose sostituire alle espressioni troppo ristrette, *nella divisione della comunione*, queste più larghe, *conformemente all'art. 1515 (T)*, (Fenet XIII, pagina 517 e 616).

Infatti nel Codice leggesi qual fu poi redatto; e se i termini ne son vaghi, se ne comprende bene il senso, si pri principi, come per la spiega del Tribunale.

SEZIONE VII.

DELLA CLAUSOLE COLLE QUALI SI ASSEGNANO A CIASCEDUNO DEI CONIUGI PARTI INEGUALI NELLA COMUNIONE.

1520 (T). — I coniugi possono derogare alla eguaglianza della divisione stabilita dalla legge, tanto con l'assegnare nella comunione al coniuge sopravvivate, o suoi eredi, una porzione minore della metà, quanto con l'assegnargli una somma fissa

per qualunque diritto nella comunione, e così pure collo stipulare che la comunione intera, in certi casi, apparterrà al coniuge sopravvivate o ad uno di essi solamente.

I. — La divisione eguale, ma non in proporzione alle parti versute (come nelle società ordinarie, secondo l'articolo 1853 (1725)), bensì assolutamente, è uno dei principi della comunione legale, che attribuisce a ciascuno dei coniugi la metà dei fondi sociali; ma un tal principio può, come gli altri, modificarsi dalle parti. Esse possono stabilire quelle convenzioni che loro meglio piacciono; ma le più in uso, le sole di cui parla il Codice, si riducono a queste tre: 1° l'assegnamento di parti ineguali (art. 1524 (T)); 2° il contratto eventuale di comunione (art. 1522-1524 (TT)); 3° l'assegnamento eventuale ad uno dei coniugi dell'intera comunione (articolo 1525 (T)).

Tali stipulazioni però non son le sole che possono farsi dai coniugi; essi anzi go-

dono di una piena ed intiera libertà, purchè si conformino all'ordine pubblico ed ai buoni costumi. Una decisione della Corte di cassazione (1) ci porge l'esempio di due coniugi, i quali convennero divider la loro comunione assegnando i mobili all'una, all'altro gl'immobili. Vero che Rodière e Paolo Pont (II-316) dicono esser nulla una tale convenzione, perchè dà al capo della comunione un'immensa facilità di avvantaggiarsi positivamente, facendo in modo da comporre la comunione quasi intieramente di quei beni che gli devono appartenere. Ma deve ella annullarsi una convenzione, perchè si presta facilmente alla frode? Qui, come sempre, provandosi la frode (e sappiamo potersi provare anche con semplici presunzioni che risultano da circostanze), cade la convenzione; ma il semplice fatto

(1) Rig., 16 aprile 1833 (Dev., 33, I, 171).

della possibilità della frode non può ingenerare una nullità. Nella specie di cui trattiamo, non havvi chi abbia messo in questione la validità della clausola, un altro è il punto su cui cade la controversia. Zachariae (III, p. 553) ritiene anche valida tal convenzione; ma la sua contraddizione su tal riguardo ha dato origine alla giusta censura di Rodière e Paolo Pont; poichè altrove egli dice (senza porgerne alcun motivo, e come se la facesse da legislatore), che la stipulazione della società di acquisti può modificarsi o con una convenzione di parti ineguali, o assegnando lo intero al coniuge superstite, ma che si ripeterebbe come non avvenuta la clausola che la restringerebbe agli acquisti di immobili o di mobili. Cotal soluzione, af-

fermata gratuitamente da Zachariae, non può ammettersi tampoco; vi sarebbe in tal caso nullità, non perchè fosse possibile la frode, ma perchè si sarebbe ella commessa, siccome noi ciò abbiamo di sopra stabilito (art. 1499 (1394 M), V).

Il nostro articolo fu mal redatto lì ove si dice di dare una parte meno della metà al coniuge superstite o ai suoi eredi. È chiaro che questi non vengono mai alla divisione, che si fa sempre fra il coniuge sopravvissuto e gli eredi del predefunto. Bisogna adunque leggere quelle parole: *AL CONIUGE O AI SUOI EREDI, COSÌ: AL CONIUGE SUPERSTITE O AGLI EREDI DEL PREMORIENTE*, come vedremo nell' articolo seguente.

1. Dell'assegnamento di parti ineguali.

1521 (T).—Quando è stato stipulato che il coniuge od i suoi eredi non avranno che una data porzione nella comunione, come sarebbe il terzo o il quarto, il coniuge cui tale porzione è per tal modo limitata, od i suoi eredi, non sono obbligati ai debiti della comunione che proporzionalmente alla

parte delle attività che essi vi hanno.

La convenzione è nulla se obbliga il coniuge limitato come sopra, o i suoi eredi, a soggiacere ad una quantità maggiore di debiti, o se li dispensa dal carico d'una parte di essi eguale a quella che hanno nelle attività.

SOMMARIO.

- I. In qual modo può farsi l'assegnamento di parti ineguali nell'attivo.
- II. Esso importa attribuzione di parti proporzionali nel passivo; e sarà nulla per lo

intero qualunque convenzione, con cui dividendosi l'attivo in un modo, si dividerebbe in un altro il passivo: errore di Duranton.

1. — L'assegnamento di parti ineguali (anche senza parlare della parte variabilissima che può assegnarsi a ciascun coniuge: all'uno un terzo e all'altro due, a questi un quarto, tre a quell'altro, ecc.), può farsi in varie guise.

In prima, benchè il Codice usi la sola espressione di parte minore della metà (la quale fa virtualmente conoscere la parte maggiore riservata all'altro coniuge), la clausola può per l'incontro formularsi con l'espressione della parte maggiore, o di ciascuna delle parti. Potrà ben dirsi, o che il premoriente avrà solo un terzo, o

che il superstite prenderà due terzi, od anche che l'uno avrà due terzi e l'altro un terzo; comunque ciò si esprima, l'idea è sempre la stessa. I coniugi possono ugualmente assegnare la maggior parte a chi meglio lor piacerà; e sebbene di ordinario la si attribuisca al coniuge superstite, ciò che infatti è più naturale, pure essi non sono impediti di assegnarla alla eredità del premoriente.

L'assegnamento (sia della maggiore, o della minor parte) può farsi o al coniuge superstite, chiunque si sia, ed allora la divisione in parti ineguali avrà sempre

luogo, poichè vi sarà sempre un coniuge superstite all'infuori del caso speciale in cui morissero nel medesimo tempo, senza che si possa comprovar la sopravvivenza di alcuno di essi); o solo *al tale coniuge superstite*, cioè quando sopravvivesse, in modo che se morisse il primo, la convenzione non si adempirebbe, e si farebbe la divisione in metà.—I coniugi possono stipulare per la condizione di sopravvivenza, non che per altre.

Così essi potranno dire che il coniuge superstite, o il tale, se sopravviva, prenderà tre quarti della comunione, *se non vi sieno figli del matrimonio*, in modo che essendovi figli, non si derogherebbe più al dritto comune, e la divisione si farebbe per metà.—L'assegnamento inoltre può farsi o per il coniuge soltanto o per lui e i suoi eredi; esso per quest'ultimi sarà fatto virtualmente non abbisognando che si chiamino espressamente, quando la clausola attribuisce la parte al tal coniuge assolutamente e indipendentemente da qualunque idea di sopravvivenza o di premorienza. Così, dicendosi che la moglie prenderà due terzi, sopravviva o premuora, il dritto appartiene ad essa non che agli eredi, poichè fu stipulato anche per il caso di premorienza.—Da ultimo, benchè l'assegnamento si faccia quasi sempre prevedendo la morte di uno dei coniugi, esso può farsi pure per qualunque divisione della comunione, sia qualunque la causa per cui si disciolga. In quest'ultimo caso, la comunione disciolta per la separazione di persona, o di beni, si dividerà secondo la regola del contratto, come so per la morte di un coniuge; nel primo, sciogliendosi la comunione per separazione di persona o di beni, si farà una divisione provvisoria in parti uguali, salvo ad applicare, se occorra, la regola particolare del con-

tratto, morendo uno dei coniugi.

II.—L'assegnamento di parti ineguali nell'attivo importa di pieno dritto, e senza che sia mestieri il dirlo, l'assegnamento di parti uguali nel passivo: quando il tal coniuge nella tale ipotesi dovrà prendere i tre quarti dei beni, egli dovrà sostenere i tre quarti dei debiti, potendo solo gravarsi di un quarto di debiti, enlui che prende un quarto di beni. È questo un obbligo, e la legge non permette che si stipuli il contrario.

Il secondo paragrafo del nostro articolo dichiara nulla qualunque convenzione colla quale, assegnandosi ad uno dei coniugi una parte di attivo più o meno della metà, gli si dia poi una parte diversa nel passivo. Una tal convenzione adunque sarà come non avvenuta, e la comunione si dividerà secondo la regola del dritto comune, cioè in metà sì per i beni che per i debiti.

Duranton (XV-206) si oppone a cotesta dottrina, insegnando che sarà nulla in tal caso quella parte della convenzione che stabilisce illegalmente le parti del passivo, e che resterà valida nel rimanente; in modo che ciascun coniuge prenderà sempre la parte dell'attivo assegnatagli nel contratto, sostenendone una in proporzione nel passivo. Ma ciò urta intieramente col pensiero della legge. Da un lato infatti, come osserva lo stesso Duranton, il Codice non dichiara nulla la parte che nella convenzione si riferisce al passivo, ma la convenzione stessa; e dall'altro, con tal regola si consacra la dottrina di Pothier il quale, esaminata la quistione in pro e contro, risolve che *la convenzione deve dichiararsi nulla per intero*, poichè i coniugi spesso con questa seconda parte relativa al passivo intendono regolar la prima. A ragione adunque la opinione di Duranton è rigettata da tutti gli scrittori (1).

2. Del contratto eventuale di comunione.

1322 (T).—Quando siasi stipulato che uno de' coniugi o i suoi eredi non potranno

(1) Delvincourt (II, III); Battur (II-480); Bellot (III, p. 289); Dalloz (X, p. 284); Zachariae (III, p. 554); Paolo Pont e Bodière (II-325); Odier (II, 893); Troplong (III-2130).

pretendere che una data somma per qualunque diritto di comunione, la clausola si risolve in un contratto eventuale che obbliga l'altro coniuge o i suoi eredi a pagare la somma convenuta, sia che la comunione riesca utile o dannosa, sufficiente o insufficiente a soddisfare la detta somma.

1523 (T). — Se la clausola non contiene un tal contratto che relativamente agli eredi del coniuge, questo, in caso di sopravvivenza ha diritto alla divisione legale per metà.

1524 (T). — Il marito o i suoi eredi che

in virtù della clausola enunziata nell'articolo 1520, ritengono la totalità della comunione, sono tenuti a soddisfare tutti i debiti di essa.

I creditori non hanno, in questo caso, azione alcuna contro la moglie o i suoi eredi.

Se appartiene alla moglie superstite il diritto di ritenersi, mediante una convenuta somma, tutta la comunione contro gli eredi del marito, essa ha la scelta o di pagare loro tale somma, restando obbligata per tutti i debiti, o di rinunciare alla comunione, cedendone agli eredi del marito i beni ed i pesi.

SOMMARIO

I. Differenti modi con cui può stipularsi il contratto.

II. Suoi effetti. La moglie chiamata sola a pren-

der la comunione, gode sempre del dritto di rinuncia, ma non del beneficio dell'inventario: errore di Bellot e Zachariae.

I.—Il contratto eventuale di comunione, siccome l'asseguamento di parti ineguali, può stipularsi puramente e semplicemente, o sotto una o più condizioni; per rispetto ad uno de' coniugi indistintamente o del tal coniuge specialmente; del coniuge solo o di lui, e dei suoi eredi, o di questi soltanto; come obbligazione, o come semplice facoltà, avuto riguardo semplicemente alla morte di uno dei coniugi o a qualunque scioglimento di comunione.

Così si può dire: *Il marito sopravviva o premuora*, conserverà l'intera comunione salvo a pagare 50,000 fr. alla moglie o ai suoi eredi, ovvero: *Il marito sopravvivendo* conserverà tutta la comunione pagando 50,000 fr. agli eredi della moglie, ovvero *Il marito sopravvivendo, e non avendo figli dal matrimonio...*; ovvero: *Il marito, sopravviva o muoia, non avendo figli dal matrimonio...*; o; *Gli eredi del marito predefunto* conserveranno... oppure: *Gli eredi del marito, non essendoli figli dal matrimonio...* Sotto queste differenti ma-

nieri, può anche dirsi che il marito, o egli e i suoi eredi, o gli eredi soltanto, potranno scegliere o di conservar la comunione pagandone 50,000 fr., o di dividerla per metà. Queste varie stipulazioni inoltre possono farsi indipendentemente da qualunque idea di morte, e per avere il loro effetto *sciogliendosi la comunione per qualunque causa*. Viceversa, ciò che abbiamo detto intorno al marito può applicarsi anche *alla moglie* o ai suoi eredi. Da ultimo il contratto eventuale, anziché stipularsi specialmente per *il marito*, o per *la moglie*, lo si potrà, con o senza condizione di inesistenza di figli, sia come obbligazione, o come semplice facoltà, per *il superstite* dei due coniugi quale che sia (1).

Non insistiamo oltre sulle differenze particolari che distinguono le varie maniere, sotto cui si fa la stipulazione, poichè le si comprendono *a priori*. Così, se si stipula l'evento sotto una condizione, la quale non si adempie, la clausola non si eseguirà e si darà luogo alla divisione per metà. Se

(1) Mourlon (p. 25, n. 2). Adunque è molto lontano dal vero, riducendo a *quattro* i differenti aspetti in cui può stipularsi la clausola; poichè noi almeno ne potremmo enumerare una ventina. Quel che

havvi di più strano in Mourlon si è che egli, tacendo di tutte le varie ipotesi, parla di quella consacrata espressamente dall'art. 1523 (T).

dunque si stipula il contratto eventuale non per rispetto al tal coniuge, o a lui e i suoi eredi, ma per rispetto ai suoi credi soltanto, la clausola si potrà portare ad effetto solo quando questo coniuge premorirebbe all'altro; se egli per l'incontro sopravviva, siccome allora il dritto sulla comunione spetta a lui e non ai suoi eredi, e siccome il contratto eventuale non si era stipulato per rispetto ad esso coniuge, si seguiranno in tal caso le regole del dritto comune, e si darà luogo alla divisione per metà, secondo l'art. 1528 (T).

Dopo tale osservazione, ben semplice, cioè che si dà luogo all'applicazione del contratto eventuale quando si adempie la condizione o le condizioni a cui va soggetto ed ha effetto l'ipotesi per cui esso si stabilì, passiamo a studiarne gli effetti, che sono semplicissimi del pari.

II.—Se l'evento si applica per rispetto al marito o ai suoi eredi, essi devono, in qualunque stato sia la comunione, fosse anche insufficiente ad adempiere una sola di queste due obbligazioni, pagare alla moglie o ai suoi eredi la somma stabilita nel contratto, e sostenere tutti i debiti della comunione. La moglie allora è estranea alla comunione, per cui i creditori non possono agire contro di lei, e se ella fosse tenuta a pagare alcuni debiti della comunione, perchè obbligata personalmente, essa avrà il regresso per l'intero contro il marito o i suoi successori.

Se si stabilisce l'evento per rispetto alla moglie o ai suoi credi, produrrà gli stessi effetti, tranne questa differenza importantissima, che potendo la moglie, non che i suoi eredi, rinunziar la comunione in qualunque circostanza, senza che le si possa torre un tal diritto da convenzione alcuna (art. 1853 (1725)), ne siegue che essa può sempre scegliere, secondo il nostro art. 1524 (T), o di toglier per sè sola lo

attivo e il passivo della comunione, pagando al marito la somma stabilita, o di dare il tutto al marito e di rendersi straniera alla comunione, rinunciando, come nel caso di comunione legale.

Bellot (III, p. 238) e Zachariae (III, p. 556) pretendono doversi paraggiare col beneficio della rinunzia quest'altro beneficio concesso alla moglie dall'art. 1483 (T), di rispondere cioè dei debiti, accettando, fino alla concorrenza del suo emolumento, sotto la condizione dell'inventario. È questo, secondo noi, un errore evidente e che si rigetta perentoriamente ravvicinando i tre articoli 1453, 1524 e 1483 (1418, TT). Se non ostante la stipulazione con cui la moglie (come compenso degli eventuali immensi guadagni) si obbliga pagare una somma prendendo tutta intera la comunione per conto suo; non ostante una convenzione con cui, secondo i principi, finirebbero per la moglie i due vantaggi del beneficio dell'inventario e del dritto di rinunzia, essa nondimeno conserva la facoltà di rinunziare alla comunione, ciò avviene perchè questo dritto è d'ordine pubblico, e di tal natura che non può dilettersi, nulla essendo ogni contraria convenzione. Non abbiamo un testo legale che attribuisca al beneficio dell'articolo 1483 (T) la stessa importanza, la stessa natura. Il nostro art. 1524 (T), ricordando qui il dritto di rinunzia, non fa parola del beneficio d'inventario. Ciò posto, la moglie non può avere cotesto dritto, il quale non trovasi scritto nel nostro articolo, nè in alcun altro che stabilisca un principio simile a quello da cui emerge la disposizione del primo; la sua convenzione non ha efficacia per rispetto al dritto di rinunzia, ma la serba intera per rispetto al beneficio dello inventario; e la moglie quindi, abbastanza protetta dalla sua facoltà di rinunzia, scegliendo la comunione dovrà pagare tutti i debiti, anche oltre il suo emolumento (1).

(1) Conf. Paolo Pont e Rodière (II, 337); Odier (II-904); Troplong (III-2166). — Toullier non prevede la questione, ed è strano che Duvergier, fa-

cendo appositamente una nota per indicarla, non ne dà alcuna soluzione, nè ispiega alcun sentimento sull'essa (XIII-421).

3. Dell'assegnamento eventuale di tutta la comunione ad uno dei coniugi.

1525 (T). — È lecito ai coniugi di stipulare che la totalità della comunione appartenga al coniuge superstite o soltanto ad uno di essi, salvo agli eredi dell'altro il dritto di ricuperare i beni ed i capitali conferiti in comunione per parte del loro autore.

SOMMARIO

I. La clausola prevista dall'articolo non esclude la comunione. Come essa può stipularsi.

II. Essa dà agli eredi del premoriente il dritto di riprendere tutti i beni entrati nella comunione da parte sua: errore di Toullier.

III. Effetti della clausola. Essa non costituisce

per sè stessa una donazione; ma il premoriente potrebbe fare una vera donazione della sua parte al superstite.

IV. I coniugi possono restringere od ampliare la clausola. Schiarimenti: errore di Battur.

I. — Si può stipulare che la comunione resterà tutta al coniuge superstite. qualunque esso sia, o al tal coniuge se sopravviva.

Si è preteso che siccome una tal clausola non solo modifica la comunione legale, ma esclude qualunque comunione, è stata posta a torto nel nostro capitolo. È questo un errore.

Se l'assegnamento di tutti i beni entrati nella pretesa comunione si faccia ad una delle parti puramente e semplicemente, senza condizione, in guisachè sia certo a chi vadano, è questa una esclusione di comunione. Se si dica per esempio, che il marito, *sopravviva o premuova*, prenderà tutti questi beni, o che questi resteranno al marito o ai suoi eredi, si comprende bene che appartenendo tutto al marito e nulla alla moglie, non vi sarebbe comunione. Ma la clausola prevista dal nostro articolo è altra: cioè la comunione rimarrà al coniuge *superstite*, o al tal coniuge se

sopravviva.

Nel primo caso, ciascuno dei coniugi può ottenere solo i beni; nel secondo quello che non è chiamato all'intero può, sopravvivendo, ottenere la divisione ordinaria in metà. Ciascun di essi adunque ha la speranza di ottenere in tutto o in parte i benefici del lavoro comune: vi è dunque società, comunione (1). E così la pensavano i compilatori, siccome surge dalla nostra sezione presa tutta insieme. Infatti, mentre gli art. 1521, 1522, 1523, 1524 (TTTT), parlano tutti del coniuge o dei suoi eredi, il nostro parla solo del coniuge superstite: la medesima differenza troviamo nell'articolo 1520 (T), il quale dopo aver parimente parlato in prima del coniuge *superstite o dei suoi eredi*, giungendo a questa clausola, parla solo del coniuge *superstite*. Sicchè è chiaro che si tratta di uno assegnamento eventuale fatto sotto una condizione di sopravvivenza che può non effettuarsi (2).

(1) Vedi Rodière e Paolo Pont (t. II, n. 342). La Corte di cassazione da ciò ha dedotto che nel caso in cui si stipuli che tutta la comunione apparterrrebbe al coniuge sopravvivate, essa deve nondimeno dividersi fra essi dopo la separazione di beni, poichè il dritto che l'art. 1520 (T) accorda agli eredi del predefunto di riprendere ciò che questi ha conferito, non può avvantaggiare che essi soli, ed i coniugi, od uno di essi, non potrebbero, se la comunione si scioglie per la separazione di beni, riprender quel che han conferito, togliendolo così alla divisione che deriva dalla separazione di beni. — Rig., 1 giugno 1853 (Dev., 53,

4, 513).

(2) Non si conchiuda però che lo assegnamento assoluto di tutti i beni al tal coniuge, per lui e per i suoi eredi indipendentemente dalla sua sopravvivenza, sarà nullo. Cotal clausola uscirebbe dal nostro articolo; essa non costituirebbe una comunione convenzionale, ma escluderebbe qualsiasi comunione; però quantunque non autorizzata dal nostro articolo, ne dalla disposizione più estesa del primo paragrafo dell'art. 1497 (T), essa lo è dall'art. 1387 (1341), poichè non è affatto contrario all'ordine pubblico.

Un'altra condizione può aggiungersi alla sopravvivenza, quella cioè che il coniuge superstite o il tale di essi, sopravvivendo, prenderà la comunione se non vi sieno figli del matrimonio, e se si adempia o pur no il tale avvenimento.

II. — La comunione può assegnarsi intera al coniuge superstite (tranne qualche stipulazione contraria, del qual caso or ora parleremo), salvo il dritto degli eredi del premoriente di riprendere tutti i beni entrati nella comunione da parte del loro autore, sia per conferimenti fatti al tempo del matrimonio, sia per le successioni o donazioni mobiliari pervenutegli durante il matrimonio. Questa stipulazione si applica solo ai benefici che provengono dalle rendite di questi beni, non che da quelli degli immobili, o dall'industria dei coniugi (1).

Toullier (XIII-422) interpretando in altro senso la seconda frase del nostro primo paragrafo, pretende che i capitali di cui parla l'articolo, siano unicamente i valori mobiliari riservatisi in proprio dal coniuge premoriente con una clausola di esclusione. Secondo lui bisogna far distinzione fra i beni *entrati* nella comunione e quelli che vi *cadono*: i primi fan parte dell'attivo sociale e sono veramente comuni; gli altri son quelli versati nella cassa sociale, senza che ne facciano parte. Or siccome qui la legge permette la ricupera dei capitali *caduti* nella comunione, e non di quelli *entrati*, dobbiamo dunque intendere che trattisi dei mobili che sono propri.

Noi stentiamo a credere che un tanto scrittore possa da senno ragionare in tal modo; e che di tale idea tanto strana quanto puerile abbia fatto tutto il commentario del nostro articolo 1525 (T). Ed in prima la pretesa differenza tra le parole *entrare* e *cadere* nella comunione viene smentita dai testi del Codice, ove si usano indifferentemente tutte e due, parlando dei beni che compongono l'attivo comune (artic. 1403

§ 1° e 3; 1405 (TT)). D'altro lato le *collazioni* pareggiate dal nostro articolo ai capitali che cadono nella comunione, mostrano che si tratta di valori che provengono dal coniuge per comporre l'attivo sociale. Se si guardino da ultimo i lavori preparatori, il dubbio non sarebbe più possibile: poichè il nostro articolo parla primieramente delle collazioni, e le parole seguenti vi si aggiunsero sulla richiesta del Tribunato, appunto perchè intendendosi ordinariamente colla parola *collazioni* quel che si arreca al tempo del matrimonio, ed avendo parimente dritto gli eredi a riprendere i capitali pervenuti al coniuge durante il matrimonio, bisognava che anche di questi si facesse parola nel contratto (Fenet, XIII, p. 618).

III. — Per effetto della nostra clausola, il coniuge superstite prende tutta la comunione meno i beni provenienti dall'altro coniuge, e per reciprocenza, egli sostiene tutti i debiti, dedotti quelli che si devono sui beni recuperati, i quali, secondo il principio stabilito sotto l'art. 1500 (T) ed applicato negli articoli 1314 e 1314 (TT), vanno a carico degli eredi che fanno la ricupera. Ma qui, come nei precedenti articoli, una importante differenza passa tra il marito e la moglie.

Se il marito è chiamato a prender tutta la comunione, e quindi a sostenerne solo tutti i debiti, per cattiva che sia la comunione, egli dovrà solo esser gravato del passivo. Se la moglie, essa potrà scegliere secondo il principio dell'articolo precedente, o di ritenere la comunione pagandone tutti i debiti, o rinunziarvi assolutamente. Il che è sempre conseguenza della regola, che non si può mai con nessuna convenzione derogare al dritto di rinunzia della moglie.

Del resto, per vantaggiosa che possa essere tale stipulazione al coniuge superstite, essa non si reputa mai una donazione: Essa non è tale, dice il nostro ar-

(1) Zachariae (III, p. 537); Rodière e Paolo Pont (II-346); Douai, 9 maggio 1849 (Dev., 50, 2, 180). Ma il dritto riservato dall'articolo 1525 (T) agli eredi del coniuge predefunto, il quale era in comunione di beni, può applicarsi solo quando nelle

convenzioni fatte dai coniugi nel contratto, si sono attribuiti al sopravviveute tutti i beni della comunione senza alcuna riserva. Douai, 7 febr. 1850 (Dev., 50, 2, 587).

ticolo, nè in quanto alla forma, ciò che oggi più non si comprende, come abbiamo visto sotto l'art. 1516 (T), nè in quanto alla sostanza, per cui si rende inapplicabile il dritto ordinario che la ogni erede legittimario di far ridurre fino alla quota disponibile. Così non ha luogo soltanto il dritto ordinario di qualunque erede legittimario; poichè l'art. 1527 (T) per la comunione convenzionale, e l'art. 1496 (T) per la legale, non ritengono in generale che sieno liberalità da ridursi i differenti vantaggi procurati ad un coniuge in danno dell'altro colle diverse società permesse o stabilite dalla legge, ma non per rispetto ai figli di un precedente matrimonio del coniuge che procura il vantaggio.

Cotal soluzione, contraddetta da Toulhier, non è punto dubbia in faccia ai citati articoli, ed infatti è generalmente ammessa da tutti gli scrittori e dalla Corte suprema (1).

Ma se l'assegnamento al coniuge superstite dell'intera comunione, non costituisce necessariamente una donazione ordinaria, non s'intende con ciò che non potrebbe esser mai tale; chè anzi, se i coniugi possono così assegnare l'intera comunione al sopravvivente con una semplice convenzione di società, essi possono farlo bensì con una pura e vera donazione, che si potrebbe, come qualunque altra, ridurre ad istanza di qualunque legittimario. Senza dubbio, non si dovrà vedere una donazione nella clausola, solo perchè i coniugi avessero detto che essi han convenuto di *donare* tutta la comunione al coniuge superstite; poichè sempre bisogna andar dietro più alle vere intenzioni che alle parole. Se sorge chiaro dall'atto che si voglia attribuire la comunione a titolo di donazione, se si dica per esempio, come nella specie della decisione citata in nota, che si stabilisce una comunione *divisibile per*

metà, e che il *premoriente dona fra vivi, al superstite che accetta, i beni comuni che compongono la sua metà*, si dovrà riconoscere che le parti intendono ottenere con una donazione quel risultamento che potrebbero avere da una convenzione di società; che presentando così la clausola una vera donazione, se ne dovranno avere tutte le conseguenze, specialmente il pagamento del dritto di mutazione per il superstite, come donatario, e che un Tribunale altrimenti giudicando, violerebbe i principi del dritto, snaturerebbe l'atto, sotto colore d'interpretarlo. Così ha spesso fiate giudicato la Corte suprema, specialmente con una recentissima decisione (2).

IV. — I coniugi sono liberi di restringere od estendere la stipulazione preveduta dal nostro articolo.

Essi possono, per esempio, stabilire che il sopravvivente, anzichè tutta la comunione, prenda solo una metà, e l'usufrutto dell'altra; e siccome tale stipulazione sarebbe per questo meno vantaggiosa di quella indicata dall'articolo, essa non sarebbe nemmeno una donazione. Conservando allora il premoriente la proprietà d'una metà della comunione, l'assegnamento non si potrebbe più considerare come fatto di pieno dritto, salvo la facoltà agli eredi di quello, di riprendere i valori provenienti da parte del loro autore. Parimente allora il sopravvivente non potrebbe sostenere che una metà dei debiti, e gl'interessi solo dell'altra, durante la sua vita.

Vicerversa, i coniugi possono estendere la clausola. Essi possono dire che il sopravvivente prenderà tutta la comunione, compresi i beni comuni che provengono da parte del premoriente; ma allora è una liberalità che dee ridursi secondo le leggi ordinarie, non essendo più in quei termini in cui la legge nega alle stipulazioni il carattere di donazioni. Non si potrebbe dire,

(1) Delvincourt (I. III); Duranton (XV. 244); Glan-daz (n. 460); Zachariae (III, p. 557); Paolo Pont e Rodière (II 384); Troplong (n. 2217); Odier (II-920); Cass., 24 maggio 1808; Rig., 13 giugno 1833 (Dev., 55, 1, 513). Quest'ultima decisione giudica che la stipulazione, la quale considera come ecce-

siva la stipulazione di cui trattasi, e quindi che la si deve ridurre, non va soggetta alla censura della Corte suprema. — Vedi inoltre una decisione della Corte di Parigi del 9 luglio 1825.

(2) Cass., d'una sentenza di Evreux, 23 aprile 1849 (Dev., 49, 1, 446).

con Battur (II-489), che la convenzione sarebbe nulla, poichè essa non è meno-
mamente contraria ai buoni costumi o al-

l'ordine pubblico; ma non godrebbe del
beneficio eccezionale del nostro articolo (1).

SEZIONE VIII.

DELLA COMUNIONE A TITOLO UNIVERSALE.

1526 (T). — Gli sposi possono stabilire nel contratto di matrimonio una comunione universale dei loro beni tanto mobili che

immobili, presenti e futuri, o dei presenti solamente, o soltanto dei futuri.

I. — Quest'articolo è implicitamente spiegato sotto gli articoli 1505 (T) e seguenti, ove abbiain visto che la clausola di comunione universale è sempre e necessariamente un caso di mobilitazione, mentre che la clausola di mobilitazione, estesa anche a tutti gl'immobili, non rende sempre la comunione universale, poichè può stipularsi per un solo coniuge.

Ciò che precedentemente abbiain detto, basta pure per far comprendere che la stipulazione del nostro articolo debbe intendersi sempre in senso stretto, poichè deroga al dritto comune, e che dichiarando i coniugi di mettere in comunione *tutti i*

loro beni mobili ed immobili, debbano intendersi, senz'altra ulteriore spiegazione, i soli beni presenti.

Del resto, quand' anche i coniugi abbiain messo in comunione tutti i loro beni *presenti e futuri*; essi possono addippiù avere dei beni propri, poichè si possono far loro delle donazioni o legati, colla condizione di non andare nella comunione. In tal caso, i debiti che gravano queste donazioni e questi legati, non che quelli che si contraggono dopo, ma relativamente ai beni così donati, si dovranno personalmente dal coniuge proprietario.

DISPOSIZIONI

COMUNI ALLE OTTO PRECEDENTI SEZIONI.

1527 (T). — Ciò che è stabilito nelle otto precedenti sezioni, non restringe le stipulazioni, di cui è suscettibile la comunione convenzionale, alle precise disposizioni in esse contenute.

I coniugi possono fare qualunque altra convenzione, siccome si è detto nell'articolo 1387 (1341), sotto le modificazioni enunziate negli art. 1388, 1389 e 1390 (1342, 1343 e 1344).

Nel caso in cui vi fossero figli di un precedente matrimonio, qualunque convenzione

che nei suoi effetti tendesse a dare ad uno dei coniugi una porzione maggiore di quella stabilita nell'art. 1098 (1052M) del titolo *delle Donazioni tra vivi e dei Testamenti*, sarà senza effetto per tutto ciò che eccede questa porzione; ma i semplici proventi risultanti da' lavori comuni e da' risparmi sulle rendite rispettive, quantunque ineguali, fra i due coniugi, non sono considerati come un vantaggio fatto in pregiudizio de' figli del primo letto.

I. — Le due disposizioni di questo articolo hanno la loro spiegazione in ciò che precedentemente abbiain detto. Per la pri-

ma rimandiamo all'art. 1387 (1341); per la seconda all'articolo 1496 (T), il quale indica per la comunione legale la stessa

(1) Delvincourt (I. III); Bellot (III, p. 303); Zachariae (III, pagina 337); Paolo Pont e Rodière

(II-546).

regola indicata qui per la convenzionale, le applicazioni, specialmente sotto gli articoli 1516 e 1525 (TT).

1528 (T). — La comunione convenzionale soggiace alle regole della comunione legale, in tutti i casi in cui non vi si è

derogato col contratto implicitamente od esplicitamente.

I. — Questo principio è chiaro per sè stesso, e noi spesso abbiamo avuto occasione di farlo conoscere e di applicarlo

spiegando questa parte del Codice, che qui terminiamo.

SUNTO DEL TITOLO QUINTO

DEL CONTRATTO (PECUNIARIO) DI MATRIMONIO

PARTE PRIMA

I. — Abbiamo studiato nel titolo V del primo libro il contratto che regola l'associazione coniugale, e stabilisce i rispettivi dritti dei coniugi *quanto alle loro persone*; studieremo qui il contratto che regola tale associazione e stabilisce i dritti dei coniugi *quanto ai loro beni*. Quest'ultimo è generalmente detto *contratto di matrimonio*; la quale espressione benché in uso, non è esatta, e starebbe meglio pel matrimonio, che è pure un contratto, e non per il *contratto pecuniario*, che accompagna, come accessorio, quello morale di cui dianzi si è parlato.

Non come il contratto morale di matrimonio, in cui tutto si governa con le disposizioni stesse della legge, e non con la privata volontà delle parti, il contratto pecuniario è lasciato del tutto al libero arbitrio dei contraenti, maggiore in questo che in qualunque altro contratto. Ove manchino le convenzioni regolari stabilite dai coniugi, essi di pieno dritto van soggetti al sistema prescritto dalla legge, come regola di dritto comune.

Pure, benché grande sia l'arbitrio qui dato ai coniugi, esso è in parte ristretto, volendolo la morale o le considerazioni di generali interessi.

II. — Non è d'uopo dire che non possono i contraenti fare convenzione alcuna che deroghi, sia ai dritti che la potestà maritale dà al coniuge sulla persona della moglie

o dei figli, sia a quelli che provengono per l'uno o l'altro dei coniugi dalla patria potestà, o dalla legittima tutela.

Sarebbe adunque vano dire nel contratto che non sarà la moglie obbligata per questo o quel caso di abitare col marito o che potrà da sè sola consentire al matrimonio dei figli, o che questi invece di esser diretti dal marito nella loro educazione, saranno assolutamente educati in tal modo, o nella tale religione in pria stabilite. Nulle sarebbero tali clausole, checchè ne abbian detto pregevoli scrittori; e se egli è incontrastabile, che la maritale potestà dovrebbe essere stabilita dai tribunali, ove riconoscessero che ella abusi e trascende i limiti di ragione, è certo del pari che le convenzioni dei coniugi non avrebbero parte alcuna nelle decisioni fatte a tal riguardo e rimarrebbero come non stipulate (art. 1388 (1342), n. III e IV).

Non potrebbe convenirsi nè anco che il tal coniuge rimarrà privo del dritto di correggere i figli o di quello d'usufrutto legale sui beni di quelli. Trattandosi di un attributo della patria potestà, o della tutela legale (continuazione di quella), senza che si riguardi in qual titolo di Codice è sanzionato il dritto, nè da qual coniuge o in qual punto si esercita, le stipulazioni del contratto non possono punto attentarvi (*ibid.*, n. VII).

Queste regole facilmente si comprendo-

no, e non restringono il nostro principio, poichè solo pel contratto pecuniario i coniugi sono liberi di stipulare, mentre che qui trattiamo degli effetti del contratto morale, dello stesso matrimonio (*ibid.*).

Bisogna adunque cercare altrove le cennate restrizioni.

III. — La prima sta nelle forme rigorose e nelle severe condizioni imposte sia al contratto, che ai cambiamenti che vi si vorrebbero fare dopo averlo steso.

Il Codice, diversamente da molte antiche nostre consuetudini, e per rendere più ferme le convenzioni matrimoniali, richiede, pena la nullità, si stabiliscano irrevocabilmente pria della celebrazione del matrimonio con atto fatto dal notaro con minuta. Nell'atto, quand'anco vi si contengano donazioni fra vivi, non è richiesta la presenza effettiva del notaro in secondo, dei testimoni, bastando alla validità, secondo la malaugurata legge del 21 giugno 1843, se ne facesse una falsa menzione.

Così oggi sarebbe nullo l'atto se fatto con iscrittura privata, o steso dal notaro in brevetto; e sarebbero pur nulli, chechè ne dica uno scrittore (il cui errore è unanimamente rigettato), tutti i cambiamenti recati al contratto dopo la celebrazione del matrimonio (articolo 1394-97, nn. 1 e 2 (1348 M-51)).

Questi cambiamenti permettonsi nel contratto fino a che il matrimonio non è stato fatto; ma con condizioni più o meno severe, secondo che debbonsi eseguire di faccia ai terzi, o solo fra i coniugi. — Anche tra questi il cambiamento è valido, in quanto è provato, siccome il contratto, con atto notarile, in minuta, e fatto col concorso di tutti quelli che sono stati parte in quello, e che debbono rinnersi personalmente, o per mezzo di procuratori, onde consentirvi tutti insieme. Or debbono qui riguardarsi come parti nel contratto non solo i coniugi, ma anche quei tra i sottoscritti che han fatto loro delle liberalità, quelli il cui consenso è necessario al loro matrimonio, ed anche, sebbene ciò sia controverso, coloro di cui sono obbligati a richiedere il consiglio, poichè quest'ulti-

mi, anzichè darne uno, che si potrebbe o nò seguire, esercita un grande potere, e nell'atto una parte importantissima. Se manca una sola di queste parti, non potrà più farsi il proposto cambiamento, quand'anche la parte fosse un semplice donante; in tal caso si riuscirebbe solo abbandonando il primo contratto e facendone un nuovo, rinunciando alla donazione, di cui l'autore non vuole o non può prestarsi al mutamento. Se invece di sostituire un nuovo contratto al primo, si facesse un atto di modifica senza l'intervento del donante, esso sarebbe nullo, il primo contratto reggerebbe, ed il progettato cambiamento non avrebbe effetto. Perchè l'atto di modifica sia valido verso i terzi, fa d'uopo inoltre che le parti lo facciano stendere in seguito della minuta del contratto. Richiedesi anche dalla legge, che il notaro non rilasci mai alcuna spedizione del contratto, senza unirvi quella dell'atto accessorio; violandosi la quale regola, il mutamento non sarebbe nullo in pru dei terzi, i quali soltanto potranno farsi ristorare dal notaro del danno cagionato dall'incompleta spedizione (*ibid.* IV V). Tra i cambiamenti del contratto non potranno porsi le donazioni che dopo il contratto si farebbero dai terzi ai coniugi. Ma bisogna al contrario doverarvi la donazione che fa un coniuge all'altro, poichè con essa si modificata posizione rispettiva in che essi eran posti dal contratto. Vi si porranno parimente le convenzioni con cui le parti rischiariranno semplicemente una o più clausole oscure del loro contratto, poichè dal momento in cui esse vogliono fare una convenzione, un atto giuridicamente obbligatorio, dovranno seguire le regole volute, senza le quali formerebbero un commentario senza alcuna forza giuridica (*ibid.*, III).

IV. — Il carattere di stabilità che la legge ha voluto dare alle convenzioni matrimoniali, pel quale non si può mutare con atti posteriori formati durante il matrimonio il primo sistema, non permette nemmeno che lo si muti con clausole inserite nello stesso contratto.

Non si potrà adunque stipulare che, du-

po scorso un termine o adempita una condizione, cominci poi e si sostituisca, con o senza retroattività, al primo un altro sistema; reggerà per tutto il corso del matrimonio una sola ed identica regola. Egli è vero che il testo del Codice, per una causa puramente storica, dettò questo principio per una sola regola; ma dal suo spirito si rileva doversi a tutte applicare (1309, n. I.-III).

V.—Veniamo alle restrizioni apportate alle convenzioni istesse.

E in prima è vietato di derogarsi, in quanto ai beni, ai dritti del marito per la sua qualità di capo dell'associazione pecuniaria dei coniugi.

Per bene intendere questo principio, fa mestieri in prima di dare una sommaria idea delle differenti regole di matrimonio.

Si possono annoverare cinque regole, o sistemi di convenzioni matrimoniali: la comunione legale; la comunione convenzionale; l'esclusione semplice della comunione; la separazione di beni; in fine la regola dotale. La comunione legale o convenzionale si costituisce da alcuni beni che formano un fondo comune, appartenenti ai due coniugi, che, come i beni restati in proprietà della moglie, si amministrano dal marito. L'esclusione semplice della comunione si costituisce da alcuni beni proprii di uno dei coniugi; quelli della moglie però non solo saranno amministrati dal marito, ma questi ancora ne prenderà per sé i frutti. La separazione di beni lascia a ciascuno dei coniugi la proprietà, il godimento e l'amministrazione dei suoi beni. La regola dotale infine lascia pure in proprio i beni a ciascuno dei coniugi; quelli della moglie però si dividono in dotali e parafarnali, ed il marito amministrerà ed avrà il godimento dei primi.—Ciò posto, esaminiamo la nostra regola per quanto riguarda i beni del marito, quelli della moglie, non che quelli comuni.

Il marito disporrà ed amministrerà i suoi beni; e sarebbe nulla, giacchè derogherebbe alla sua dignità maritale, qualunque clausola che lo soggettasse a domandare, sotto qualunque rapporto, un

permesso della moglie, o del magistrato.

Non così pei beni della moglie pei quali i coniugi goderanno di una grande libertà. Essi potranno, anche dopo aver detto di adottare la comunione o che i beni della moglie siano dotali, far che la moglie validamente amministri, e goda dei suoi beni: nel secondo caso legale sarebbe inesatta la qualificazione dei beni dotali, e nel primo la comunione legale si modificherebbe, divenendo, almeno sotto un rapporto, una comunione convenzionale. La moglie però, sia sotto la comunione, sia sotto la regola dotale, sia pure sotto la esclusione semplice della comunione, non potrà disgiungere dalla amministrazione dei suoi beni il godimento di essi per lasciarlo al marito: una clausola che torrebbe a costui l'amministrazione dei beni di cui gode i frutti, sarebbe nulla, giacchè ingiuriosa per lui, ed insulterebbe alla sua superiorità. Sarebbe nulla parimente, sotto qualunque regola, la clausola che darebbe dritto alla moglie di alienare i suoi beni senza autorizzazione.

Dal fin qui detto si comprende chiaramente che i beni comuni non si potranno amministrare dalla moglie, e che il marito per qualunque siasi caso di amministrazione o di alienazione, non dovrebbe richiedere il consenso della moglie, tanto per gli immobili messi dalla moglie in comunione quanto per gli altri beni comuni. Dal momento che essi divengon comuni il marito ne sarà il padrone, nè si potrà più per gli uni che per gli altri attentare alla sua qualità di capo.

Arroggi che non si potranno nè indirettamente attribuire alla moglie tutti quei dritti, che secondo il nostro principio non le si posson conferire; e sarebbe nulla l'autorizzazione, o il mandato generale che il marito darebbe alla moglie per esercitarli (1388, n. V e VI (1342)).

La legge dichiara parimente nulle:—Qualunque convenzione che deroghi all'ordine legale delle successioni, salvo l'effetto delle donazioni fra vivi o per testamento, che si permettono nel contratto di matrimonio come altrove, ed anche con più facilità

(*ibid.*, IX); qualunque stipulazione interdetta da qualche disposizione proibitiva del Codice (*ibid.*, VIII); tutte le stipulazioni infine, che non previste da alcun testo speciale, sono contrarie ai buoni costumi, ed all'ordine pubblico. Il conoscer poi se una convenzione presenti questo carattere è un punto di fatto, che si dovrà, in qualunque specie, valutare secondo le circostanze (*ibid.*, II).

VI.—Oltre a queste varie restrizioni imposte tutte nello interessr generale, i futuri coniugi godono di una piena libertà nelle loro convenzioni matrimoniali. Essi potranno scegliere quella delle cinque regole riferite, che loro più piacerà; potranno formarne una mista, combinando diversi principi dell'una e dell'altra, ed inserire nel loro contratto delle clausole non previste dal Codice, o formandole da loro o togliendole da qualcuna delle nostre antiche Consuetudini. In questi tempi però, non formando quest'ultime dei testi di legge, e non essendo quindi nessuno obbligato a studiarle ed interpretarne il senso, e non basterebbe che si indicino nel contratto le idee, che vogliansi adattare, rimandando puramente e semplicemente alla Consuetudine in cui stanno scritte; se ciò varrebbe per rimandi ai testi in vigore, non varrebbe parimente per quelli che devono addimostrarsi scritti nello stesso contratto (art. 1390-1393, nn. I, II e IV), (1344-1346 M)).

Siccome i coniugi possono adottare nel loro contratto qualunque regola, potranno del pari maritarsi senza far contratto, soggettandosi di dritto alla regola della comunione legale. Essa infatti fu stabilita dalla legge come sistema di dritto comune per regolar tutti quei che non ne abbiano adottato altro, sicchè avrà luogo non solo se i coniugi han dichiarato di assoggettarvisi, o non han fatto contratto, ma pure se il contratto sia nullo per vizio di forma, o se si sieno limitati a dire di adottare quella regola stabilita da una antica Consuetudine, o se infine il contratto sia formato in modo che riesca impossibile conoscere a quale si siano voluto appigliare.

MARCAË, *vol. III, p. I.*

Quest'ultima ipotesi avverrebbe specialmente quando, come sopra si dice, il contratto con condizioni o termini seguirebbe parecchie regole (*ib.*, V, art. 1390-IV e 1400 (1395 M. T)).

VII.—La capacità delle parti contraenti, in generale, truone un'eccezione, che indicheremo, sarà soggetta alle stesse regole del contratto di matrimonio, non che degli altri contratti pecuniari. Così benchè un giovane da ventuno a venticinque anni che abbia ancora qualche ascendente, sia minore pel matrimonio, sarà maggiore pel contratto pecuniario. Così pure, e in senso opposto, benchè la persona provvoluta da un consulente giudiziario possa maritarsi senza l'assistenza di costui, non potrà però disporre senza esso de'soi beni per convenzione matrimoniale; e potrà solo, non assistito da lui, maritarsi senza contratto, cioè sotto la comunione legale.

La legge però per favorire il matrimonio del minore fa una eccezione al principio; ed applicando per lui la massima *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia*, dichiara picciamente valida, come se provenissero da un maggiore, le convenzioni che stipula assistito da coloro il cui consenso basta pel suo matrimonio.

Del resto, la incapacità di contrarre non traendo seco la nullità propriamente detta, ma una causa di annullamento, ne viene che il contratto che si fa da un minore od un prodigo, senza la debita assistenza, non che quello fatto dal minore pria di compir l'età stabilita pel matrimonio, e senza avere ottenuta dispensa, potrà ratificarsi, specialmente colla esecuzione volontaria del minore divenuto capace, e non potrà invalidarsi finchè egli stesso non ne domandi lo annullamento (articolo 1398 (1352), I-IV).

VIII.—*Della dote.*—La parola *dote* offre nel Codice due significati molto differenti, che bisogna distinguere accuratamente. In senso largo significa il bene che il coniuge futuro, sotto qualunque siasi regola, porta seco maritandosi per far fronte ai bisogni di famiglia.

In un senso speciale, tecnico, essa si ap-

plica al bene recato da una donna maritandosi sotto la *regola dotale*.

Enumereremo appresso molte regole relative alla dote semplice o alla dotale; ne indicheremo qui alcune, la cui generalità assoluta ed indipendente da qualunque particolare circostanza ci induce a metterle nelle nostre spiegazioni preliminari.

La dote può darsi dal coniuge stesso sopra i suoi beni personali ovvero da terzi, parenti od estranei. Se un terzo costituisce la dote, la è una donazione che fa parte dell'atto a titolo oneroso. Da un lato, colui che la costituisce è un donante poichè se ne spoglia gratuitamente; e la sua disposizione, come qualunque donazione, sarà soggetta alla riduzione, alla collazione, alla revoca per sopravvenienza di figli. Da un altro lato però l'atto si reputa a titolo oneroso dal coniuge dotato, e dall'altro, poichè il bene serve a far fronte ai pesi del matrimonio che forse senza la donazione i coniugi non avrebbero contratto; e il donante, contro i principi ordinari delle donazioni, dovrà garantire il bene donato e pagarne di pieno dritto gli interessi, se la dote si deve a termine, e consiste in cose che ne producano. Del resto il donante con una espressa dichiarazione può liberarsi sì dell'una che dell'altra obbligazione: la legge lo dice formalmente per gli interessi, nè v'ha più dubbio per la garanzia, poichè lo stesso venditore può farla.

L'estensione della garanzia si valuta secondo i principi generali combinati colle regole particolari della vendita.—Così un donante di crediti può garantirne l'esistenza, non già la solvenza del debitore; e caso non esistano, il donante è tenuto al capi-

itale nominale del credito, non sempre e necessariamente, ma quando per la non esistenza il donatario abbia perduto.—Pei beni corporali è necessario distinguere la evizione totale dalla parziale e dai semplici vizî nascosti. Per l'evizione della cosa intera sarà tenuto il donante al valore di essa, non dal giorno della donazione ma da quello dell'evizione, poichè la sua obbligazione, nè più nè meno, consiste nel fare indenne il donatario. Per la parziale sarà tenuto al prezzo della parte tolta, relativamente pure al valore di essa al tempo della evizione, non potendo il donatario esser costretto a prendere il rimanente della cosa pagandone il prezzo totale, poichè qui non si parla di risoluzione di contratto. Infine, pei vizî nascosti si pretenderebbe invano non doversi più la garanzia; poichè sì in questo come negli altri casi dovrà indenizzarsi il donatario: delle due cose l'una: o il donatario ignorava i vizî, e quindi si mirava a procurare il valore che la cosa mostrava di avere; o li conosceva, e allora è in colpa e dev'egli sentirne le conseguenze. (Art. 1410, inoltre 1547, 1548 (T, 1360 e 1361)).

IX.—Divideremo la nostra materia in due parti, parlando nell'una delle regole di comunione, nell'altra delle regole senza comunione.

Suddivideremo inoltre la prima in due capitoli, trattando nell'uno della comunione legale, nell'altro della convenzionale; nella seconda infine tratteremo successivamente: 1° della esclusione semplice di comunione; 2° della separazione dei beni; 3° della regola dotale.

PARTI PRIMA.

DELLE REGOLE DI COMUNIONE.

X.—La stessa legge, come se avesse voluto prevenire la falsa idea nata nella mente di alcuni giureconsulti dai passi di Dumoulin o Pothier non bene interpretati, dichiara che la comunione, legale o convenzionale, comincia necessariamente dal

momento stesso della celebrazione. Da quel punto la moglie divien socia del marito, ed i beni della società conjugale formano la proprietà comune dei due coniugi; ed è erronea e condannata dalle disposizioni tutte del Codice, non che da tutti gli scrit-

tori, la dottrina che snaturando i termini la dichiara disciolta (1399 (1395 M), numero V).
ed il pensiero della legge, vuol vedere il principio della comunione quando la legge

CAPITOLO PRIMO.

DELLA COMUNIONE LEGALE.

XI. — Vedemmo sopra (n. VI, *in fine*), compone la comunione; 2° della amministrazione di essa e de' beni propri; 3° dello scioglimento di essa e delle conseguenze che ne derivano.

SEZIONE PRIMA.

DELLA COMPOSIZIONE DELLA COMUNIONE.

§ 1. — Dell'attivo della comunione e della distinzione dei beni comuni e dei propri.

XII. — Allo stabilirsi della comunione si formano tre masse distinte di beni, diremo così tre patrimoni dei coniugi; 1° quello del marito; 2° quello della moglie; 3° quello della comunione di cui il marito è l'amministratore, non il proprietario, poichè ambi i coniugi vi hanno un ugual dritto di comproprietà. I beni della comunione diconsi *beni comuni*, oppure, ma solo per quelli acquistati dopo il matrimonio, *acquisti per la comunione (conquêts)* o *acquisti semplicemente (acquêts)*; i beni personali di ciascun coniuge chiamansi *propri di comunione* o semplicemente *propri*: vediamo quali sono i comuni, quali i propri.

Tre sorta di beni formano il fondo comune: 1° tutti i beni mobili, senza eccezione, che possedevano i coniugi al tempo del matrimonio; e quelli che loro pervengono durante il matrimonio, salvo tre eccezioni che indicheremo nel numero seguente; 2° tutti i frutti dei beni che rimangono

in proprio ai coniugi; 3° infine gli immobili che loro pervengono durante il matrimonio, altrimenti che per successione, donazione, o per qualunque altra delle cause indicate per eccezione dalla legge, che appresso indicheremo.

Da ciò si scorge che i coniugi conservano personalmente, ma nella nuda proprietà: 1° alcuni mobili, e la maggior parte degli immobili che acquistano dopo il matrimonio; 2° tutti gli immobili che loro appartengono al tempo del matrimonio; nel mentre che la comunione ritiene per sè: 1° la piena proprietà di tutti i mobili che esistono al tempo del matrimonio, e di quasi tutti i posteriori; 2° la piena proprietà di molti degli immobili che loro pervengono dopo quel tempo; e 3° l'usufrutto di tutti i beni propri dei coniugi (art. 1401-1403 (TT)), n. I.

Sviluppiamo in prima quanto riguarda i beni comuni, in seguito diremo dei beni propri.

1. Dei beni comuni.

XIII. — Secondo ciò che abbiamo detto, l'attivo sociale comprende: 1° i mobili quasi tutti; 2° l'usufrutto dei beni propri; 3° la maggior parte degli immobili pervenuti du-

rante il matrimonio.

E in prima *i mobili*. — Dicemmo che i mobili tutti dei coniugi al momento del matrimonio, senza eccezione, vanno nella co-

munione. Così il danaro contante che aveva un coniuge maritandosi, i suoi crediti, gli animali, le derrate, le mercanzie, e qualunque altra cosa mobile che gli apparteneva o che gli si doveva da terzi; le rendite sullo Stato o sopra particolari, perpetue o vitalizie, in breve qualunque diritto di proprietà, di usufrutto o di credito che aveva il coniuge sopra beni dichiarati mobili dalla legge, più non gli appartiene, ed entra nei fondi sociali; ed è un gravissimo errore il dirsi il contrario per la rendita vitalizia, ed insegnare, che la comunione ne potrebbe raccogliere solo le annualità, restando la rendita in proprietà del coniuge. Secondo i principi del Codice la rendita vitalizia è una rendita mobiliare pura e semplice come le altre, e che come qualunque altro mobile cade compiutamente nella comunione (1401-1403 (TT), n. III).

I prodotti scientifici artistici o letterari vanno nella comunione perchè beni mobili; e per essersi falsamente interpretato il decreto del 1810 è nato il sistema erroneo (condannato a ragione dalla dottrina e dalla giurisprudenza, e che per sè stesso si condanna perchè contraddittorio) il quale li rende propri dei coniugi. Sono pur comuni gli uffici trasmissibili; siccome però il diritto di presentazione solo in mancanza del titolare appartiene ad altri, ne siegue che il titolare, sopravvivendo allo scioglimento della comunione, potrà conservare l'ufficio, versando nella massa da dividere una somma uguale al valore presente di esso (*ibidem*, V).

La natura mobile o immobile di alcuni crediti si determina per lo adempimento o la liquidazione; sicchè il dritto di ricupera di un coniuge o di compenso sopra una precedente comunione, sarà mobiliare o immobiliare, secondochè nella liquidazione della comunione gli sieno toccati mobili o immobili. In tal caso adunque, secondo i risultamenti della liquidazione, la comunione prenderà o pur no i beni pervenuti. Egli è il medesimo pei crediti alternativi, di cui un oggetto è mobiliare e l'altro immobiliare: se il debitore dà il mobile, lo

prenderà la comunione; se l'immobile, lo prenderà il coniuge. Non così, se l'obbligazione è facoltativa; la sua natura, e quindi il dritto della comunione, sono allora stabiliti *ab initio* dalla natura dell'oggetto unico della obbligazione, non ostante la contraria natura della cosa riserbata in *facultate solutionis*, fosse pur quella data in pagamento (*ibid.*, II).

Per rispetto ai beni mobili che acquistano i coniugi durante il matrimonio, regge lo stesso principio, ma con tre eccezioni. Questi mobili infatti si escludono dalla comunione: 1° se donati con espressa condizione di restare in proprietà del donatario; 2° se sieno prodotti e non frutti di un immobile proprio; 3° infine, se il coniuge li acquisti in sostituzione di un bene proprio (1408 (T), VIII).

All'infuori di queste tre eccezioni, su cui ritorneremo parlando dei mobili propri, ha vaglia la stessa regola sì pei mobili che si acquistano durante il matrimonio, come per gli altri che esistono nel dì della celebrazione, cioè tutti andranno nella comunione.

Così, quand'anche essi pervengano per successione immobiliare in parte, ed il coniuge nella divisione abbia avuto dei soli mobili, questi saranno parimente comuni. Infatti, ciascun coerede, si reputa aver avuto dritto solo agli oggetti compresi nella sua porzione. Così pure pei crediti che formano la parte di esso coniuge; poichè la legge dividendo provvisoriamente, e per rispetto ai debitori ereditari, ciascun credito, non si oppone alla facoltà di comprendere poi questi crediti nella divisione generale della successione (1401-1403 (TT), n. IV).

XIV. — *Frutti dei beni propri.* — La comunione in generale gode sopra i beni propri dei coniugi gli stessi dritti d'un usufruttuario. — Così essa raccoglie tutti i frutti che producono gl'immobili durante il matrimonio. Quelli però che prima avean prodotto, essa li raccoglie non a titolo d'usufruttuario, ma come frutti che fan parte, secondo la regola precedente, dei beni mobili che appartenevano al coniuge nel mo-

mento del matrimonio; nè si può comprendere come un giureconsulto abbia potuto dire che essi restino in proprio al coniuge.

La comunione acquista, come l'usufruttuario ordinario, i frutti civili, giorno per giorno, e i frutti naturali appena li percepisce. Essa parimente non ha dritto ai prodotti non frutti, come per esempio alle sostanze che si estraggono dalle cave, dalle miniere che non erano aperte quando la comunione cominciava a godere dello immobile.

Havvi pure qualche differenza fra i dritti dell'usufruttuario ordinario, e quelli della comunione. Così il primo non dovrà pagare le spese di semente dei frutti raccolti al principio dello usufrutto, nè potrà ripetere le spese fatte per quelli che lascia dopo; per l'incontro, la comunione non dovendo nulla per le prime, potrà ripetere le altre; poichè la somma pagata dal coniuge per le prime, se la non fosse soddi-

sfiata, sarebbe sempre spettata alla comunione come valore mobiliare. Similmente l'usufruttuario non ha dritto a ripetere il raccolto che poteva fare e non fece; e la comunione, nello stesso caso, lo potrà, per evitare che i coniugi col sistema contrario non si avvantaggino illegalmente (*ibid.*, n. VI).

XV. — *Immobili acquistati per la comunione.* — La comunione, in terzo ed ultimo luogo, prende tutti gl'immobili che pervengono ai coniugi dopo il matrimonio, tranne quelli su cui il coniuge avea un dritto di proprietà, che retroagisce ad un tempo anteriore al matrimonio, e quelli in oltre che cominciano a possedersi durante il matrimonio, per una delle cause che producono i propri, e che indicheremo nei seguenti numeri.

Del resto, anche gl'immobili si presumono essere comuni; ed il coniuge che reclama un immobile come proprio, deve provarlo tale (*ibid.*, VII).

2. Dei beni propri.

XVI. — *Propri immobiliari.* — I coniugi per otto cause possono avere immobili propri: 1° per la proprietà o possesso legale sì prima che durante il matrimonio; 2° per la successione; 3° per la donazione; 4° per la cessione di un ascendente nel caso previsto dalla legge; 5° per la permuta di un immobile proprio; 6° per il reimpiego; 7° per il retratto d'indivisione; 8° per la accessione ad un immobile proprio.

E in prima, ciascun coniuge avrà la proprietà personale degli immobili che legalmente possedeva al tempo della celebrazione, come pure di quelli che acquistati realmente durante il matrimonio, pure bisogna intendersi acquistati prima per l'effetto retroattivo d'una condizione, d'una risoluzione o d'una ratifica. Non così dell'immobile acquistato dal coniuge nel tempo corso dal contratto al matrimonio. — Benchè il coniuge ne sia proprietario al principio del matrimonio, esso appartiene alla comunione, poichè è stato acquistato in permuta di valori mobiliari su

cui il coniuge giusta il contratto avea dovuto contare. — L'eccezione però vale semplicemente per il caso previsto, nè si potrebbe applicare all'immobile acquistato poco tempo prima del matrimonio, se non vi sia stato contratto, o se sia acquistato in adempimento di una clausola del contratto (1404-1405 (TT), n. 1).

XVII. — *Secondariamente, sono propri gli immobili pervenuti per successione, qualunque il coniuge raccolga una parte immobiliare del tutto in una successione di immobili e di mobili, e quando anche lo immobile eredesse la parte ereditaria del coniuge, e che gli fusse attribuita per un compenso, salvo per questo a ristare la comunione.* — Si applicherà specialmente questa seconda causa di beni propri all'immobile, che l'ascendente donante raccoglie nella successione del donatario morto senza prole. A torto vuolsi dire che questa sia una semplice risoluzione della donazione; essa sarà un acquisto novello per successione, poichè l'ascendente rac-

coglie l'immobile colla doppia obbligazione di rispettare i pesi che lo gravano, e di pagare la sua parte dei debiti ereditari (*ibid.*, II).

XVIII.—Una terza sorgente di beni propri immobiliari nasce dalle donazioni fra vivi o per testamento purchè fatte personalmente al coniuge e senza che si manifesti una volontà contraria. Se il donante avesse dichiarato che il bene sia comune, o lo avesse dato ai due coniugi unitamente, esso sarà un acquisto per la comunione; poichè l'eccezione è stata fatta solo per la donazione che si fa ad uno dei coniugi (o ad ambedue separatamente) (*ibid.*, III).

XIX.—Sarà proprio inoltre l'immobile che il coniuge riceve da un ascendente, o come pagamento di ciò che gli deve (per dote o qualunque altra causa, giacchè la legge non fa distinzione) od obbligandosi di pagare i debiti dello ascendente, salvo il compenso alla comunione per le somme che egli ne prende affin di pagare i debiti, o per lo ammontare del credito mobiliare che abbia contro l'ascendente, e che spetta alla comunione. Tali atti son riguardati dalla legge, ad esempio dell'antico dritto, come disposizioni di famiglia che producono in vita dello ascendente lo stesso effetto che alla morte di lui, prendendo allora l'immobile come se pervenuto per successione. Del resto, non potendosi estendere tali regole perchè eccezionali, l'immobile ceduto a quel modo da un discendente o da un collaterale si reputerà acquistato per la comunione, come pure quello da un ascendente ceduto, non nelle circostanze previste, ma per una somma determinata, poichè allora formerebbe una vendita ordinaria (*ibid.*, IV).

XX.—L'immobile acquistato da un coniuge non a denaro, ma in permuta di un bene proprio, immobile o mobile, sarà pure proprio del coniuge, e per intero, quando anche esso abbia pagato un compenso per ottenerlo, salvo in tal caso a ristorarne la comunione. Ma se la somma sia così ingente da non potersi reputare un accessorio, un semplice compenso, vi sarà allora permuta e compra insieme, e si do-

vrebbe quindi decidere, come nell'antico dritto, che l'immobile acquistato sia proprio per la parte proporzionale al valore del proprio alienato, e comune per il dippiù (1401 (T), I).

XXI.—Proprio di un coniuge sarà pure lo immobile acquistato durante il matrimonio in reimpiego di un altro proprio colle condizioni stabilite dalla legge, le quali variano secondo che sia il marito o la moglie. Se il marito, bisogna che egli dichiari, al tempo stesso dell'acquisto, esser quella una compra fatta coi danari di un suo proprio, per formarsene uno nuovo. Questa doppia condizione, 1. di dichiarare insieme la natura dei danari e quella che si vuol dare all'immobile, 2. di far la dichiarazione al tempo dello acquisto, è stata tolta di peso dagli antichi scrittori. Se la moglie, la dichiarazione del marito che deve sempre versare sopra i due indicati punti, può farsi *ex intervallo*; ma bisogna che sia accompagnata o seguita da una accettazione formale che faccia la moglie dello immobile, siccome proprio. Questa accettazione, la quale non basta che risulti da semplici circostanze di fatto, ma bisogna che si esprima in un atto, autentico o privato, deve farsi prima dello scioglimento della comunione. Daltronde essa non produce alcun effetto retroattivo, e finchè la moglie non si renda proprio l'immobile con tale accettazione, esso, come semplice bene della comunione, può essere efficacemente gravato dei pesi reali, od alienato dal marito (art. 1434-35, numeri II e III (TT)).

Del resto, la legge non si oppone perchè un immobile si acquisti in reimpiego e come proprio, coi danari propri provenienti da altronde che non dalla alienazione di un immobile del coniuge. Al postutto, i due casi non differiscono, poichè essendo alienato non esiste più l'immobile, e il coniuge ne ha una determinata somma, come quando i denari provengono da altra sorgente. Nulla impedisce il reimpiego su di un immobile acquistato prima della alienazione del proprio da sostituirvisi, purchè esso si paghi dopo coi danari

provenienti dal proprio venduto, e si adempiano tutte le altre condizioni volute dalla legge (*ibid.*, IV).

XXII. — Quando uno dei coniugi è proprietario di una parte qualunque di un immobile ancora indiviso, sia che si acquisti durante il matrimonio tutto intero o una parte del rimanente immobile per una causa che lo renderebbe un bene comune, oltre alla circostanza di indivisione, la parte acquistata si riunisce a quella indivisa appartenente in proprio al coniuge, e diventa anche propria, salvo il rimborso alla comunione per il valore di essa porzione. Ma se in questo stesso caso tutti e due i coniugi siano comproprietari, la porzione acquistata apparterrebbe ad ambedue in proporzione del valore della parte di ciascuno di essi.

Diciamo che la regola si applica solo nel caso in cui la parte acquistata, senza indivisione, sarebbe un bene comune, e che non si applicherebbe se essa, per una delle cause sopra indicate, dovesse formare un bene proprio; poichè, o questo perviene al coniuge non proprietario, e non ha vi ragione per far la legge prevalere il proprio di uno dei coniugi su quello dell'altro; o si accresce al coniuge proprietario dell'altra parte, e la legge non doveva per questo caso creare una novella causa di beni propri che sarebbe stata doppiamente impiegata. Del resto è fuori dubbio (la contraria opinione si è detta forse per inavvertenza) non doversi considerare il momento in cui ha avuto principio l'indivisione, e che essendo il dritto del coniuge nella indivisione un proprio, non debba ricercarsi se il dritto od anche l'indivisione siano nati durante il matrimonio o prima. Parimente deve aversi per indubitato che la regola si applica al coniuge coerede beneficiato, il quale acquisterebbe l'immobile indiviso nell'aggiudicazione fatta ad istanza dei creditori ereditari. Si è detto che non è questo il caso, preveduto dalla legge, dello acquisto di una parte dell'immobile indiviso di cui il coniuge aveva ed ha l'altra porzione, e che evvi qui espropriazione della porzione appartenente al coniuge, e quindi acquisto dell'immobile intero per di lui conto; ma

l'idea è sottile e non esatta, poichè essendo stato sempre il coniuge proprietario della sua parte, sarà giusto il dire che in quanto ad essa l'aggiudicazione è stata una conferma del suo dritto, e che siasi realmente acquistata l'altra porzione soltanto (1408 (T), I, II).

Oltre a questa prima regola, la legge ne stabilisce una seconda, anche per questo caso di indivisione, la quale spesso deroga all'altra. Se la porzione indivisa appartenga alla moglie, ed il marito ne acquisti l'altra parte od anche l'intero immobile, la cosa acquistata o diventa comune, o propria della moglie a sua scelta. Ma se questa, anzichè esercitare il suo dritto di scegliere, o nell'un senso o nell'altro, vi rinunzi facendo venir meno l'effetto di questa nuova disposizione, la cosa acquistata sarà ora propria, giusta la regola precedente, se il marito avrà acquistato la porzione che non era della moglie, ed ora comune, giusta il principio generale che regge la materia, se egli abbia acquistato l'immobile intero. Del resto, parlandosi di acquisto fatto dal marito, bisogna intendersi di qualunque acquisto (e solo di esso) che sia l'opera del marito, ed in qualunque modo l'abbia fatto. Così, quand'anche il marito dichiari di agire per la moglie, non giustificando che egli abbia ciò fatto in forza di un mandato realmente datogli dalla moglie, l'acquisto si riputerà fatto da lui; e se è la moglie che fa l'acquisto, se essa non abbia un mandato del marito, l'acquisto si riputerà fatto per suo conto. Se per l'incontro il marito acquisti in forza di un mandato della moglie, la si riputerà come se avesse comprato essa stessa; la porzione acquistata le diviene propria di pieno dritto, secondo la regola precedente (*ibid.*, III e IV).

Però il dritto di scegliere della moglie si restringe pel solo acquisto. Così se il marito acquista una sola parte dell'immobile, egli può render propria o comune appunto cotesta parte, non già quella che rimane alla moglie, la quale le sarà sempre propria, comunque poi voglia usar dell'altra porzione; ed è stato per disaccortezza

alcuni che han potuto insegnare il contrario. Essa deve pure il compenso alla comunione se reude proprio l'acquisto; o può pretenderlo da questa per la sua parte quando mette in comunione l'acquisto fatto dell'immobile intero. Inoltre la scelta, non come l'accettazione di un reimpiego, deve farsi necessariamente quando si scioglie la comunione; nè la moglie potrebbe, allorchè si viene alla liquidazione, pretendere di dichiararsi dopo; poichè il suo rifiuto di scegliere immediatamente, varrebbe lo stesso che rinunziare a quel diritto. Da un altro lato, anche a differenza dell'accettazione di un reimpiego, la scelta retroagisce, ed annulla le alienazioni o concessioni di dritti reali che il marito avrebbe potuto consentire sull'immobile (*ib.*, IV e V).

XXIII. — Un'ottava ed ultima sorgente di beni propri immobiliari, di cui non fa parola la legge perchè deriva dalla natura stessa delle cose, è l'accessione all'immobile proprio di un coniuge. Così, occorrendo alcun caso di accessione immobiliare indicato dalla legge, come se si facciano delle seminagioni o costruzioni nei fondi del coniuge, o qualche circostanza in cui l'acquisto diventa necessariamente tutt'uno col fondo, nè possa esistere disgiunto da quello, come, se si acquisti una servitù di passaggio o di prospetto per un immobile, o la comunione del muro divisorio, il novello oggetto sarà proprio del coniuge come lo immobile di cui è l'accessorio, ed insieme con esso.

Ma tale regola non si potrebbe estendere di più. Così, se si acquisti una porzione di terreno per accrescere il potere di un coniuge, essa non sarà propria come il resto del fondo; poichè ciò non sarebbe nè un caso di accessione preveduto dalla legge, nè un caso in cui essa risulti dalla forza stessa delle cose, mentrechè il terreno aggiunto al fondo può sempre esser disgiunto. Così pure, se il coniuge compri l'usufrutto che gravava il suo immobile; siccome esso può sempre, per la comunione come prima per l'usufruttuario, esser da se separato dalla proprietà, non

si potrà dire in tal caso che si congiunga alla nuda proprietà, e che divenga un semplice usufrutto causale, essendone libero il bene proprio, che anzi esso continua ad esistere come usufrutto formale; non altrimenti che se i coniugi avessero voluto ricomprar l'usufrutto, estinguerlo, e non farlo passare alla comunione. — A prima giunta sembra strano che la legge per l'acquisto dell'usufrutto faccia diversamente che per il caso di indivisione; ma (oltrechè una tal differenza si spiega facilmente perchè l'usufrutto non si perderà mai dal coniuge, e perchè quindi lo si deve riunire immediatamente alla proprietà, mentre la porzione acquistata dell'immobile indiviso, si ritoglierebbe sempre, dandosi alla comunione) non potendo l'eccezione estendersi da uno ad altro caso, deve reggere il principio che gli acquisti fatti durante il matrimonio diventano beni comuni (*ibid.*, VII).

XXIV. — *Beni propri mobiliari.* — Bisogna distinguere due specie di mobili propri, che possonsi chiamare perfetti ed imperfetti. I primi, come i beni propri immobiliari, sono realmente propri del coniuge che li può riprendere allo scioglimento identicamente ed *in specie*; i secondi vanno nella comunione, come se fossero beni comuni, facendo nascere in favore del coniuge un credito uguale al loro valore. I beni propri imperfetti sono: 1° i mobili che si consumano coll'uso, o 2° quelli che si rilasciano, sia dopo un estimo, sia con qualunque altra circostanza che indichi il pensiero di darne anche la proprietà salvo compenso. Del resto, queste due classi di beni propri provengono dalle stesse cause, che possono ridursi a tre.

Sono propri mobiliari: 1° i prodotti non frutti degli immobili propri; 2° i mobili sostituiti ad un bene proprio durante il matrimonio; 3° quelli che si danno ad un coniuge con condizione che li ritenga in proprio (1408 (T), VII).

4° Abbiamo veduto che la comunione ha dritto soltanto a quei prodotti de' beni dei coniugi che sono frutti: gli altri dunque restano propri al coniuge. Fra questi dobbiamo porre la metà del tesoro attribuito

jure soli al proprietario del fondo in cui si è rinvenuto; e ben a ragione la contraria dottrina di alcuni giureconsulti è stata rigettata dal più degli scrittori, poichè il Codice, reputando la metà attribuita *jure inrentionis* come una somma determinata che cade nella comunione, reputa l'altra, secondo l'antica dottrina di Chopin e di Polhier, giuridicamente diversa, e ne rende fittiziamente una parte dell'immobile da cui fu tolta, benchè non frutto (*ibid.*, e 1403 (T), V. *infine*).

2° Qualunque surrogazione di un bene mobile con un proprio dà naturalmente un bene proprio mobiliare. Tale per esempio è il prezzo di un bene proprio venduto; il compenso, che in caso di permuta di un proprio, si dovrà al coniuge dal suo compemutante; quello che in una divisione di successione tutta immobiliare gli sarà pagato dal suo coerede; il soprappiù del prezzo che l'acquirente pagherebbe, onde evitare la evizione, se il coniuge abbia fatto una vendita a vil prezzo e voglia farla risolvere. Sarà pur così se si soddisfi un cre-

dito facultativo, il cui oggetto è immobiliare, consegnando la cosa mobile riservata *in facultate solutionis*.

3° Un'ultima sorgente di beni propri mobiliari sono le donazioni fra vivi o per testamento, fatte ad un coniuge con condizione espressa che riterrà in proprio i mobili donatigli. Non havvi alcuna formula richiesta per indicar quella condizione, la quale può sorgere da qualunque espressione; è necessaria però che essa sia espressa, e che il medesimo atto cumprovi la volontà del disponente, non bastando una tacita manifestazione. Del resto, se una tal donazione si faccia ad un erede legittimario, il quale accetti la eredità del disponente, bisogna, perchè non possa impugnarsi, che i mobili dati non faccian parte della riserva; poichè l'altro coniuge potrebbe, come avente causa del donatario, in forza del contratto di matrimonio, far dichiarare non essere avvenuta la condizione, e quindi comuni i beni donati (1408 (T), n. VIII).

§ 2. — Del passivo della comunione e della distinzione dei debiti comuni e dei personali.

XXV.—Le parole *passivo della comunione, debiti della comunione, debiti personali dei coniugi*, offrono due sensi distinti, secondo che si tratti dei coniugi fra loro e dello stato definitivo delle cose, o dei rapporti dei coniugi coi creditori. Infatti, sebbene spesso i debiti devono pagarsi sui beni che definitivamente ne son gravati, pure, e non di rado, essi devono pagarsi sui beni che sono gravati in faccia al creditore, salvo il regresso o il compenso sui beni del vero debitore. Così, la comunione spesso paga un debito che si deve personalmente dal tal coniuge; e viceversa

questi può pagare un debito che si deve definitivamente o dall'altro coniuge o dalla comunione. Bisogna adunque con attenzione stabilir successivamente per ciascun debito: 1° su quali beni il creditore può ripeterne il pagamento; e 2° su quali beni esso grava definitivamente.

Sutto questo duplice aspetto esaminaremo separatamente: 1° i debiti anteriori al matrimonio; 2° quelli che pervengono durante il matrimonio come passivo delle successioni o donazioni che si raccolgano dai coniugi; 3° infine, quelli che nascono dal fatto dei coniugi durante il matrimonio.

1. Dei debiti che esistono al tempo del matrimonio.

XXVI.—La legge regola fra i coniugi i debiti di cui essi eran gravati al tempo del matrimonio, distinguendo i mobiliari dagli immobiliari. Un debito è mobiliare
MARCADE, vol. III, p. 1.

se ha per oggetto un bene mobile, immobiliare se un immobile. Oggi son molto rari i debiti immobiliari; ma pur ve ne sono, come per esempio, l'obbligo imposto

ad un legatario di imporre sul suo immobile una servitù al proprietario di un altro immobile.

Essi son personali al coniuge che li deve, e si possono ripetere solo contro di lui. Per l'incontro, i debiti mobiliari possono ripetersi sopra i beni del coniuge non solo, ma anche su quelli della comunione, e quindi su quelli del marito, anche per un debito della moglie; poichè qualunque debito della comunione grava il marito. Ma se la comunione deve rispondere di tutti i debiti mobiliari anteriori sul matrimonio, non tutti però vanno a suo carico, avendo ella il regresso contro il coniuge debitore per quei debiti che si riferiscono ad un immobile del coniuge o che graverebbero esclusivamente sull'esso. Relativo ad un immobile dicesi quel debito che il coniuge avrebbe contratto per acquistare, conservare o migliorare un immobile che gli apparteneva al tempo del matrimonio; siccome debito dell'immobile dicesi quello che lo grava per un'ipoteca, ed è dovuto dal coniuge come detentore (1409-1410) (TT) nn. III e IV).

XXVII. — Cotesto principio che i debiti mobiliari anteriori al matrimonio vanno a carico della comunione (salvo compenso

per quelli che gravano esclusivamente un immobile o che vi si riferiscono) va eccettuato per quelli della moglie, i quali, non si potrebbero provare per iscritto siccome è voluto dai principi generali, per non esservi un atto con data certa anteriore al matrimonio. Il debito allora resta esclusivamente a carico della moglie, e si potrà ripeter solo sulla nuda proprietà dei suoi beni, perchè i frutti di essi appartengono alla comunione. Se però havvi una data certa anteriore al matrimonio, reggerebbe il principio, non montando a nulla, checchè ne abbian detto alcuni scrittori, se la data sia posteriore al contratto di matrimonio; poichè allora non si potrebbe più tenere che la moglie obblighi la comunione, *durante il matrimonio*, con antedate.

Inoltre, se il marito, perseguito come capo della comunione per un debito della moglie, abbia pagato senza osservazione nè riserva quel debito che la comunione non doveva perchè senza data certa, egli si reputerà averne riconosciuto la esistenza anteriore al matrimonio, e non potrà quindi avere alcun regresso. Ma se egli l'abbia pagato con riserva, la moglie dovrà rimborsare la comunione (*ibid.*, numero III).

2. Debiti delle successioni e donazioni pervenuti durante il matrimonio.

XXVIII. — I debiti che gravano le successioni e donazioni che pervengono ai coniugi durante la comunione, son governati da regole semplicissime, in quanto ai dritti rispettivi dei coniugi, le quali però si complicano in quanto al dritto di agire dei creditori.

Per rispetto ai coniugi, i debiti gravano la comunione in ragion del valore mobiliare delle successioni o donazioni, ed il coniuge erede o donatario per il di più. Così, siano i debiti mobiliari o immobiliari, si riferiscano o no agli immobili pervenuti, essi devono sostenersi per intero dalla comunione, se la successione o la donazione è tutta mobiliare; e dal coniuge se tutta immobiliare; essi in fine dovranno sostenersi in parte dalla comunione ed

in parte dal coniuge; sia la successione o la donazione composta di mobili, o d'immobili (art. 1411, 1412, 1414 (TTT)).

Quando la successione o donazione è mista, il valore dei mobili per rispetto agli immobili deve comprovarsi con inventario. Quest'obbligo in tutti i casi, anche quando si tratti di una successione o donazione pervenuta alla moglie, è imposto al marito, il quale non adempiendovi è il solo responsabile. Se dunque allo scioglimento della comunione, per la mancanza dello inventario, sorgano dubbi sul valore della porzione mobiliare della successione o donazione mista, e quindi sulla porzione dei debiti da doversi contribuire dal coniuge o dalla comunione, la moglie o i suoi rappresentanti possono far la prova non

solo con titoli, ma con testimoni, ed anche per pubblica voce. Ciò non potrebbe il marito, e molto meno i suoi eredi, poichè l'erede ha gli stessi diritti del suo autore: essi potrebbero provare solo con titoli (1414 1417 (TT), n. II)).

Un'ultima osservazione dobbiamo fare in quanto alle donazioni, cioè, se il donante, derogando al principio ordinario, dispone dei beni mobili con condizione che resterebbero propri del coniuge, o degli immobili dichiarando che sarebbero comuni, i debiti graverebbero il coniuge nel primo caso, e la comunione nel secondo. D'altronde tutto quello che abbiamo detto si applica a qualunque donazione tra vivi o per testamento, e non solo alle disposizioni a titolo universale, ma anche a quelle a titolo particolare le quali van gravate dai debiti (art. 1418 (T)).

XXIX.—La legge, come abbiamo detto, stabilisce delle regole molto complicate in quanto al dritto di agire de' creditori. In fatti, oltre alla distinzione delle successioni o donazioni in mobiliari, immobiliari e miste, il Codice distingue ancora se cotesse successioni o donazioni siano pervenute al marito o alla moglie, se questa le abbia accettate coll'autorizzazione del marito o solo con quella del magistrato, e se in fine sia stato o pur no fatto lo inventario caso che quelle siano mobiliari in tutto o in parte.

Successioni e donazioni immobiliari.—Se i beni pervengono al marito, i creditori possono rivolgersi: 1. sugli immobili pervenuti, i quali in qualunque caso formano la loro garanzia; 2. sugli altri beni del marito, poichè egli è il debitore; 3. sui beni comuni (poichè qualunque debito del marito, per rispetto ai creditori, è debito della comunione), salvo a questa il compenso.

Se gli immobili pervengono alla moglie, la quale li accetta col consenso del marito, i creditori possono rivolgersi: 1. sui beni pervenuti; 2. sugli altri beni propri della moglie, anche sui frutti, ma non sopra i beni della comunione e del marito; poichè questi, in principio, consentendo alla

obbligazioni della moglie, non si è obbligato personalmente (*qui auctor est non se obligat*), e quindi non si potrebbe estendere a lui e alla comunione l'obbligazione della moglie autorizzata dal marito, se non nel solo caso in cui la legge ha formalmente derogato al principio. Se la moglie è stata autorizzata dal magistrato, i creditori, oltre agli immobili pervenuti, possono rivolgersi sulla nuda proprietà dei beni di lei (art. 1411 1413 (TT), n. I).

Successioni e donazioni mobiliari.—Se esse sono pervenute al marito, il dritto dei creditori può esercitarsi: 1. sui beni della comunione; 2. su quelli del marito, salvo compenso per quest'ultimo. Se pervenute alla moglie ed accettate, o dal marito, o col suo consenso, i creditori possono agire: 1. contro i beni della comunione, la quale deve sostenere i debiti; 2. contro i beni del marito (poichè qualunque debito della comunione, per rispetto ai creditori, è debito del marito), ma salvo compenso per costui; 3. contro i beni della moglie, salvo a compensarsi dalla comunione. Se la moglie abbia accettato autorizzata dal magistrato, e faccia l'inventario, si può agire: 1. su i beni della comunione sino alla concorrenza dei mobili pervenuti; 2. sulla nuda proprietà dei beni della moglie, salvo a chiedere compenso dalla comunione. Se accettando la moglie coll'autorizzazione del magistrato, non faccia inventario, i beni della comunione risponderanno dello intero, e quelli della moglie secondo abbiamo detto (*ibid.*, n. II).

Successioni e donazioni miste.—Il dritto dei creditori può esercitarsi come appresso:

1° Se esse pervengono al marito: 1° sui beni pervenuti (salvo a compensar la comunione, se si paghi sui mobili tutta o più della porzione che li grava, ed il marito, se si paghi una troppa porzione sugli immobili); 2° sui beni propri del marito (salvo a chieder compenso dalla comunione per la porzione che grava i mobili); 3° sui beni comuni (salvo a chieder compenso dal marito per la porzione che grava l'immobile).

Se pervengono alla moglie, la quale ac-

cetta autorizzata dal marito : 1° sui beni pervenuti (salvo il compenso alla comunione o alla moglie , come sopra al n. 1); 2° sui beni propri della moglie (salvo a chieder compenso dalla comunione per la porzione rispettiva dei mobili); 3° sui beni della comunione (salvo a chieder compenso dalla moglie per la porzione rispettiva degli immobili); 4° sui beni propri del marito (salvo a chieder compenso dalla comunione per la porzione rispettiva nei mobili, e dalla moglie per quella rispettiva negli immobili).

Se la moglie sia stata autorizzata dal magistrato ed abbia fatto inventario : 1° sui beni pervenuti (salvo compenso come sopra al n. 1); 2° sulla nuda proprietà dei beni della moglie (salvo compenso come sopra al n. 2). Se non abbia fatto inventario, si representerà come se fosse stata autorizzata dal marito; i creditori però non possono in tal caso rivolgersi contro i beni propri di costui (1414-1417 (TT), num. II).

3. Dei debiti contratti dai coniugi durante il matrimonio.

XXX. — Siccome è naturale, vi ha qui grandissima differenza fra il marito e la moglie. — Dovendo la comunione rispondere di tutti i debiti del marito, capo di essa, e viceversa, ne segue che i beni comuni sono obbligati per qualunque convenzione che faccia il marito, per gli atti illeciti, come per i suoi contratti o quasi-contratti. Questa regola soffre eccezione soltanto per le obbligazioni che risultano da un reato che tragga seco la morte civile, nel momento in cui agiva il creditore. Questi allora potrebbe rivolgersi sulla parte della comunione divenuta propria del marito (o meglio dei suoi eredi), per lo scioglimento derivato dalla morte civile (1424-1425 (TT), nn. I e III).

Per rispetto alla moglie, gli atti da essa validamente contratti (e per i quali può procedersi contro i suoi beni), obbligano pure, in generale e per una deroga al dritto comune, i beni della comunione e quelli del marito, se fattisi col di lui consenso espresso o tacito. Al dritto comune, secondo cui *qui auctor est non se obligat*, fu derogato dal legislatore, per timore che il marito non usasse del suo ascendente sulla moglie, per farle contrarre personalmente delle obbligazioni che vantaggioverebbero lui o la comunione. Da tale regola è anche governata la moglie, la quale esercita la pubblica mercatura, poichè essa obbliga il marito e la comunione per gli atti del suo commercio, solo in forza del consenso espresso o tacito del marito,

che le è stato necessario all'esercizio della pubblica mercatura; senza del quale gli atti di lei, in generale, non obbligherebbero nè la comunione nè il marito, e per essi si potrebbe agire solo sulla nuda proprietà dei suoi beni (1419-I, 1426-I (T, 1397)).

La legge, facendo eccezione a questa regola, ritorna al dritto comune in due casi, di cui conosciamo il primo, cioè: 1° se la moglie accetti le successioni o donazioni immobiliari col consenso del marito, e 2° se venda i suoi immobili, autorizzata dal marito. Per l'incontro, e per una eccezione inversa, siccome la legge per questi due casi rientra sotto il principio *qui auctor* (in guisachè la moglie sola può esser perseguita), alle volte la moglie obbliga la comunione e il marito senza il di costui consenso, autorizzata solo dal magistrato. Ciò può avvenire: 1° se si debba rendere la libertà al marito o conservargliela; 2° se si debba collocare il figlio in matrimonio o altrimenti, essendo assente il marito (1419-I, 1427-II (T, 1398)).

Siccome la moglie non autorizzata dal marito non può, in generale, obbligare costui o la comunione, anche con atti leciti, essa molto meno potrebbe obbligarli con atti illeciti; ed i suoi delitti o quasi-delitti obbligherebbero la nuda proprietà dei suoi beni propri (1424 (T) n. II).

Inoltre se la moglie, contraendo col consenso del marito, abbia agito non per se ma in nome di lui, adempiendo il suo

mandato espresso o tacito, essa obbligherebbe questi e la comunione e non già se stessa (1420 (T), 1).

XXXI. — La comunione deve pagare i vari debiti di cui abbiamo parlato, ma essa non li sostiene tutti definitivamente; dobbiam quindi, stabilito il dritto di agire dei creditori contro la comunione, vedere quando essa avrà dritto a compenso.

Vi sarà compenso se la comunione abbia pagato i debiti provenienti da delitti del marito, o le spese o i danni-interessi che da essi risultarono, come anche le ammende che si son dovute pagare. Sarebbe iniquo infatti che la moglie dovesse sentire pure le conseguenze dei reati del marito. Non così per i quasi-delitti, i quali debbonsi riputare come accidenti inseparabili da qualunque amministrazione, e per cui non si dovrebbe compenso (art. 1424 (T), I e II).

Inoltre la comunione può chieder compenso, se avesse pagato un debito contratto nello interesse personale di uno dei coniugi; come anche il coniuge può chieder compenso all'altro, se siasi pagato un debito del primo sui beni di costui; come per esempio, se la moglie abbia pagato per togliere il marito dalle carceri, o se il debito contratto da lei nel suo proprio interesse col consenso del marito, sia stato pagato coi beni di costui (1419-II, 1427-II (T, 1398)).

XXXII. — Tra i debiti che devonsi pagare dalla comunione senza compenso, e che ne formano il passivo propriamente detto, bisogna annoverar quelli che han per oggetto il pagamento dei pesi del matrimonio o inerenti all'usufrutto, dei beni propri dei coniugi, come anche gl'interessi o le annualità dei debiti propri dei coniugi.

E in prima la comunione deve sostenere

tutte le spese del matrimonio, cioè quelle che abbisognano per la famiglia, pel mantenimento dei coniugi e dei figli comuni, per la educazione di questi, ecc. Si noti, che siccome sarebbe contrario all'uso e all'ordine, che il marito si prenda cura delle piccole spese di famiglia, le quali per la loro stessa natura son proprie della moglie, questa è stata sempre considerata come presunta procuratrice del rapo della comunione per contrarre tali debiti, i quali possono ripetersi sui beni del marito e della comunione, e non già su quelli della moglie. Una tal presunzione però verrebbe meno se i somministratori, conoscendo la contraria volontà del marito le abbiano consentito dei debiti; e se la moglie non coabitasse col marito, questi e la comunione dovrebbero rispondere se la separazione abbia avuto luogo col suo consenso, e se egli stesso non avesse occorso ai bisogni di lei (1409-V, 1420-I e II (TT)).

La comunione inoltre deve pagare tutti i pesi inerenti all'usufrutto dei propri dei coniugi, specialmente le riparazioni di manutenzione. Essa parimente, ma solo per rispetto ai beni propri della moglie, dovrà pagare le riparazioni straordinarie, divenute necessarie per manen delle ordinarie durante il matrimonio.

Non così per i beni del marito, poichè egli non potrebbe farsi pagare dalla comunione il danno che ha sofferto per sua colpa (1409 (T), V).

Da ultimo si badi che la comunione, anche nei debiti i quali debbonsi personalmente da un coniuge, come quelli di una successione puramente immobiliare pervenutagli, deve pagare gli interessi o le annualità di questi debiti che corrono durante la comunione, in guisachè il coniuge deve personalmente pagar solo il capitale (ib).

SEZIONE II.

DELL' AMMINISTRAZIONE DELLA COMUNIONE E DI QUELLA DEI BENI PROPRI.

§ 1. — Dell'amministrazione della comunione.

XXXIII. — Il marito amministra i beni della comunione, non come un amministratore ordinario, ma con poteri molto ampli, e come un vero proprietario; il marito insomma è amministratore *cum libera potestate*, od anche più brevemente, amministratore *cum libera*.

Egli non solo può consentire fitti di lunga durata, compromessi, transazioni, bensì può ipotecare gl'immobili, gravarli di servitù, ed anche alienarli. In principio però, egli non può alienare a titolo gratuito; ed appunto in ciò differiscono i poteri del marito da quelli del proprietario, perchè la moglie può ottenere lo scioglimento della comunione se l'amministrazione vada in rovina. Il marito non può in principio, nè per sè stesso, nè col permesso della moglie, nè col di lei concorso, chechè se ne sia detto, donare validamente fra vivi i beni comuni, salvo le due seguenti eccezioni (1421-1423 (1396-1404), nn. I e II).

XXXIV. — Il marito dovendo collocare in matrimonio, o altrimenti, un figlio comune, può donargli anche a titolo universale tutti i beni che compongono presentemente la comunione. Diciamo i beni *presenti*, poichè la donazione dei beni futuri, l'istituzione contrattuale, facendosi per il tempo della morte del disponente, quando cioè non vi sarà più comunione, l'amministratore di essa non ne avrebbe più la facoltà, e la donazione si regolerà secondo il dritto comune al pari del legato di cui, ora parleremo. È questa la prima eccezione.

La seconda ha luogo quando il marito dona i beni mobili a titolo particolare. La sua donazione sarà valida, purchè egli non si riserbi l'usufrutto delle cose donate. Egli inoltre può farla a qualunque persona, salvo però il compenso, se per essa il marito abbia soddisfatto un debito personale (*ibi-*

dem, III e IV).

Oltre questi due casi, sarà nulla qualunque donazione di beni comuni: ma non assolutamente. Essa si riputerà come non esistente in faccia alla moglie e nel di lei interesse, se questa dopo lo scioglimento accetti la comunione, durante la quale la donazione si eseguirà; se dopo lo scioglimento la moglie rinunzi alla comunione, essendo allora tutti i beni comuni propri esclusivamente del marito, questi avrà disposto della cosa sua, e la donazione rimarrà valida. Se la moglie accetta i beni comuni, essi si divideranno come se donazione non vi fosse stata, e la moglie rivendicherà dal donatario i beni che spettavano alla sua porzione; ma siccome l'atto, nullo in faccia alla moglie, è sempre valido fra il marito e il donatario, questi potrà riprendere dai beni del marito l'equivalente di ciò che ha restituito alla moglie (*ibid.*, V).

XXXV. — Il legato e l'istituzione contrattuale sono atti con cui si dispone pel tempo della morte, quando cioè la comunione sarà sciolta; il marito quindi, non essendo più dentro ai poteri conferitigli per la donazione fra vivi, non potrebbe, nemmeno per il collocamento di un figlio comune, disporre in tal modo di tutta la comunione. Egli (salvo un ultimo favore che indicheremo) sarà perciò governato dal dritto comune, e la sua disposizione, come quella della moglie, avrà effetto per i soli beni che gli apparterranno dopo la divisione, o la rinunzia della moglie. Non di meno egli gode di un beneficio che non si può estendere alla moglie: mentre che la disposizione di costei sarà assolutamente nulla per tutto quello che non cade nella sua porzione, quella del marito, anche sotto questa riguardo, sarà nulla solo in faccia alla moglie, ed il beneficiario potrebbe

prendere su gli altri beni del marito l'equivalente dei beni comuni che ha dovuto restituire alla moglie (*ibid.*, VI).

§ 2. — Dell'amministrazione dei beni propri.

XXXVI. — Il marito, il quale amministra *cum libera* i beni comuni, con più ragione amministra i suoi beni propri disponendone a suo grado. La legge inoltre gli ha affidato l'amministrazione dei beni della moglie, ma come ad un amministratore ordinario. Così egli può esercitare tutte le azioni mobiliari in nome della moglie, e quelle immobiliari che si riferiscono al possesso: ma non già le immobiliari petitorie (1). Ricusandosi il marito di esercitare un'azione mobiliare o possessoria, la moglie stessa potrà farlo, autorizzato dal magistrato (1428 (1390), I).

Però, sebbene egli possa intentare tutte le azioni mobiliari della moglie, non potrebbe alienare i mobili, e molto meno gli immobili propri di costei (2); poichè il dritto di intentare un'azione non trae quello di disporre dell'oggetto per cui si può agire, ed il Codice infatti nega al marito il dritto di far dividere una eredità pervenuta alla moglie sì mobiliare che immobiliare (*ibidem*, II).

Inoltre, la moglie non può rivendicare in intero il suo immobile illecitamente alienato dal marito, se non rinunzi alla comunione; poichè ove accetti, essa si obbliga di soddisfare in metà il debito di garanzia di che è gravata la comunione per il fatto del marito, e non può rivendicar la metà dello immobile, secondo la regola *quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio* (*ibid.*, III).

XXXVII. — Il marito, amministratore dei beni della moglie, deve rispondere di qualunque deterioramento che risulti dalla mancanza di atti conservatori, frai quali in prima la esecuzione delle riparazioni straordinarie, e l'interruzione delle presunzioni. Parliam solo delle riparazioni straordinarie,

poichè quelle di manutenzione si fanno dal marito non come amministratore dei beni della moglie, ma come capo della comunione che di quelli ha l'usufrutto. Il marito inoltre deve rispondere indistintamente per tutte le prescrizioni, fossero anche incominciate a correre prima del matrimonio; e ciò è ben equo, poichè ad interromperle bastano le azioni petitorie che egli può esercitare per l'usufrutto. Del resto, dovendo rispondere la comunione dei danni-interessi dovuti dal marito per la mancanza di atti conservatori, la moglie, accettando quella, potrà ripeterne solo la metà contro il marito o suoi rappresentanti (*ibid.*, IV).

XXXVIII. — Il marito, come amministratore dei beni della moglie e come capo della comunione che ne ha l'usufrutto, può consentirne i fitti; ma perchè la moglie o i suoi eredi non fossero obbligati per un tempo ben lungo dopo lo scioglimento, non si è permesso al marito di farli per più di nove anni, e di rinnovarli più di due anni prima per le case, e tre anni per i beni rustici. Il fitto consentito per più di nove anni è nulla, se non sia ancora cominciato quando scioglievasi la comunione; se cominciato, lo si dividerà in periodi di nove anni per uno (tranne l'ultimo che può esser minore), ed obbligherà la moglie per il tempo che resta a correre del periodo. Quello consentito per più di due o tre anni, è parimente nullo, se la comunione si scioglie prima che esso sia cominciato (1429-1430 (1400, 1401), n. I e II).

In questi due casi la nullità messa innanzi nello interesse della moglie, non potrebbe essere invocata dallo affittajuolo, il quale dovrà sempre eseguire il fitto, se ciò volessero la moglie o i suoi eredi. Inoltre, se il fitto non sia stato consentito

(1) Egli però, come amministratore della comunione, può farlo per l'usufrutto che a questa appartiene sugli immobili della moglie.

(2) Ma ciò per i mobili che sono rigorosamente

propri, poichè i propri imperfetti in sostanza non sono che beni comuni, di cui il marito può disporre come capo della comunione.

dal solo marito, ma da ambi i coniugi, il locatario, se ingannato dal marito, ha esso sarà sempre valido, qualunque fosse la durata ed in qualunque tempo fosse stato consentito. Infine, applicandosi la nullità,

salvo a costei il regresso (*ib.*, III).

SEZIONE III.

DELLO SCIoglimento DELLA COMUNIONE E DELLE SUE CONSEGUENZE.

XXXIX. — La comunione può sciogliersi per cinque cause: 1° per la morte naturale di uno dei coniugi; 2° per la morte civile; 3° per la separazione giudiziaria di beni; 4° per lo annullamento del matrimonio; 5° per la dichiarazione di assenza di un coniuge (1441 (1405 M)).

Bisogna dare qualche schiarimento sulla terza di queste cause, poichè le altre quattro o sono chiare per se stesse o sono state altrove spiegate.

La separazione di beni, la quale può adottarsi dai coniugi nel contratto di matrimonio, e che perciò si dice *contrattuale* o *convenzionale*, può sostituirsi alla comunione per mezzo di una sentenza; essendo nulla qualunque convenzione intorno a ciò. Del resto, cotesta separazione giudiziaria può essere lo effetto di una sentenza speciale di separazione di beni, ovvero necessaria conseguenza di una sentenza di separazione di persona. Abbiain visto (libro I, tit. IV) per quali motivi un coniuge può ottenere la separazione di persona: quella di beni può domandarsi solo dalla moglie, e per una sola causa, cioè se gli affari del marito vadano talmente in rovina che la moglie abbia a vedere in pericolo tutti o parte dei suoi beni presenti od eventuali (1443 (1407) I e II).

XL. — Siccome la sentenza speciale di separazione di beni retroagisce al giorno della domanda, la legge nello interesse dei terzi richiede, pena la nullità, che quanto più pubblica fosse la domanda con quelle formalità da essa determinate, le quali debbonsi adempire almeno un mese prima che si profferisca la sentenza (artic. 1445 (1409), I).

Appena questa profferita, avrà il suo effetto se si rend epubblica colle formalità

indicate dalla legge, e se la si adempia immediatamente, pagando i dritti e le ricupere della moglie per mezzo di un atto autentico, o se almeno si dia principio ad eseguirla nei quindici giorni dacchè è stata profferita la sentenza, e che la si compia poi senz'altra interruzione, oltre a quella necessaria perchè la moglie faccia inventario e si deliberi, cioè tre mesi e quaranta giorni.

La semplice notificazione della sentenza non si può riputare come un atto di esecuzione, per cui non si può ammettere la contraria dottrina, come nè quella con cui arbitrariamente si pretende che la interruzione dei procedimenti debba durare un intero anno, per produrre il suo effetto (*ibid.*, II, III).

XLI. — Siccome il dritto di chiedere la separazione de' beni, benchè pecuniario in sè stesso, riguarda nondimeno interessi morali di un ordine il più elevato, la legge non permette che i creditori della moglie lo esercitino senza il consenso di lei; inguischè essi non possono, ove la moglie nol consenta, nè intentare l'azione, nè proseguirla se ella disdica il consenso che prima loro aveva dato. Fallito o decotto il marito, l'inazione della moglie avvantaggia i creditori di lui; per cui i creditori della moglie, che non propone o non continua l'azione, possono agire come se vi fosse separazione; ed i coniugi in tal caso, benchè in comunione, si reputano separati di beni per rispetto a cotesti creditori, i quali si pagheranno sulle rendite dei beni della moglie, come se loro fosser proprie, salvo alla comunione, quando realmente si scioglie, a chieder compenso dalla moglie per le rendite tolte a quel modo (1446-1447 1410-1411), I e II).

I creditori del marito i quali hanno interesse d'impedire l'effetto della separazione, possono intervenire nell'istanza per impugnare la domanda ed opporsi alla proferta sentenza. Per ciò essi possono agire coi mezzi ordinari di opposizione o di appello, ed in caso di frode anche colla opposizione di terzo, la quale possa mettersi in campo dopo la esecuzione, dentro un anno se si siano adempite tutte le formalità, e in trenta nel caso contrario (*ibidem*, III).

XLIII. — I coniugi non possono col loro consentimento stabilire la separazione di beni, ma per l'incontro farla cessare. Ciò deve comprovarsi con un atto stipulato da notaio e con minuta, ed affisso nella sala principale del tribunale civile (e del tribunale di commercio se il marito è commerciante). Son queste le sole formalità che la legge richiede (1451 (1413), n. 1). — Allora cessa la separazione retroattivamente, e la regola della comunione si reputa come se fosse stata sempre esistita, salvo gli atti fatti dalla moglie con quelle facoltà che la separazione le attribuiva, i quali rimarranno validi (*ibid.*, II). Diciamo che la comunione primitiva si reputa come se non fosse mai cessata; poichè infatti i coniugi non possono ristabilire una comunione diversa dalla prima in chechessia. La legge dichiara rigorosamente irrevocabili le convenzioni matrimoniali, e permette solo di sostituire la separazione alla comunione per torre dal pericolo i beni della moglie; ma se questa, abbandonando la regola di separazione, rimette i suoi beni in comunione, la legge obbliga i due coniugi, *sive velint, sive nolint*, a ristabilire la comunione precedente, e dichiara nulla, senza distinzione, qualunque convenzione che tenda a modificarla, sia anche stipulata espressamente per ristabilir la comunione; poichè, come diceva Polhier, la comunione primitiva riprende il suo impero per il fatto medesimo dell'abbandono della separazione (*ibid.*, III).

XLIII. — Gli effetti della separazione giudiziarie, eccettone un sol punto, sono i medesimi di quelli della separazione per contratto, secondo poi diremo parlando di tale regola.

Se la separazione di beni ha luogo come conseguenza della separazione di persona, gli effetti retroagiranno al dì della sentenza; se si pronunzia principalmente, dal giorno stesso della domanda, cioè, pel marito dalla notificazione della citazione introduttiva, e per i terzi tostochè si sono adempite tutte le formalità richieste perchè ne abbiano conoscenza. La comunione quindi da un lato si scioglie, e divide (se havvi accettazione) fra il marito e la moglie, nello stato in cui era al giorno della domanda; e dall'altro saranno nulli, se posteriori allo adempimento delle formalità richieste per la domanda, tutti gli atti fatti dal marito con terzi, alla validità dei quali è necessaria la esistenza della comunione. Il marito però durante la lite può fare gli atti di pura amministrazione (1449 (1413), n. 1).

XLIV. — In qualunque modo si scioglia la comunione, sia per la separazione di beni, come per qualunque altra cosa, la moglie (non che i suoi rappresentanti) possono accettare la comunione o rinunziarvi. È questa una disposizione d'ordine pubblico; e sarebbe nulla qualunque convenzione o dichiarazione con che si volesse togliere alla moglie questa facoltà. Cotal dritto di scegliere appartiene sempre e necessariamente alla moglie o ai suoi aventi causa, e non mai al marito, nè anco a titolo di aventi-causa della moglie; poichè essendo il dritto stabilito contro di lui, è incompatibile colla sua qualità (art. 1453, 1463 (1418, T), III).

Studieremo quindi successivamente: 1° i principj che regolano il dritto di scelta, e le regole comuni a'due casi di accettazione e di rinunzia; 2° i particolari effetti dell'accettazione; 3° quelli della rinunzia.

§ 1. — *Del dritto di scelta e delle regole comuni alla accettazione ed alla rinuncia.*

XLV. — Abbiamo detto come i rappresentanti della moglie, cioè i suoi eredi ed altri successori generali, abbiano al par di lei la facoltà di accettare o di rinunciare. Il dritto è di ciascun di essi individualmente e per la sua porzione ereditaria; la comunione può accettarsi dall'uno e rinunziarsi dall'altro, non pretendendosi si mettano di accordo per prendere una stessa risoluzione, nè che si dirigano ai tribunali per far decidere il *quid utilius*. Da un lato adunque si applicheranno insieme le conseguenze della accettazione a colui che accetta, e soltanto per la parte sua; e d'altro lato le conseguenze della rinuncia a chi rinunzia, e per la sua parte. E non solo è applicata tal regola quando con la morte della moglie si scioglie la comunione, ma ben anche quando avverandosi lo scioglimento vivente la moglie, questa si muore pria di avere scelto e mentre ha il dritto di farlo; essendo tal dritto in sè divisibile, si divide nel secondo caso come nel primo, passando ai vari rappresentanti della moglie (1465 (T)).

I creditori della moglie o suoi rappresentanti possono fare annullare qualunque accettazione o rinuncia che defrauda i loro dritti (1454 (1418)).

XLVI. — La scelta della moglie o dei suoi rappresentanti può farsi espressamente o tacitamente, *verbis* o *facto*.

Vi è espressa accettazione quando si prende in una scrittura pubblica o privata la qualità di vivente in comunione; e tacita, o quando si fa un atto che si potea compier solo con tal qualità e che dimostra l'intendimento d'essere in comunione; o quando ella che si presume dalla legge aver accettato, fa spirare il termine accordato per far la rinuncia, e non rinunzia. Le semplici misure conservatorie e di pura amministrazione non costituiscono atti di accettazione; ma non così qualunque atto di disposizione, e quindi la pretesa rinuncia fatta per un prezzo; perchè farsi pagare il ri-

lascio di una cosa, sarebbe disporre (1454-I (1418)).

La espressa rinuncia si fa con dichiarazione fatta in cancelleria, ed iscritta nel registro delle rinunzie alla eredità (1457 (1422)). Quando la persona supposta dalla legge rinunziente, fa scorrere senza che accetti i termini stabiliti per l'accettazione, vi è tacita rinuncia.

Fatta la scelta cessa il dritto, per cui non si può in generale prendere altro partito. Ma se si ha scelto per dolo o in età minore senza adempire le formalità volute, allora è altrimenti.

Si può essere restituito, sia contro la sua accettazione o contro la sua rinuncia (1455-II (1420)).

Trai fatti della moglie maggiore che inducono l'accettazione, vi ha la sottrazione o l'occultazione di oggetti della comunione, ed essa non può più rinunziare dopo essersi resa colpevole: se dopo la rinuncia ella distorna od occulta, la irrevocabilità della rinuncia non la farebbe più dichiarare accettante, e sarebbe colpevole del furto (1460 (1425)).

XLVII. — Sciogliendosi per la morte naturale o civile del marito la comunione, la moglie la quale è allora in possesso dei beni di quella, e potrebbe facilmente toglierne una parte, presumesi dalla legge che ella sia accettante, e non può rinunziare se non immediatamente, facendo stendere un inventario fedele e regolare che dovrà affermare essere sincero alla chiusura. L'inventario deve essere finito nei tre mesi dalla morte del marito, tranne che la moglie non ottenga dal giudice la proroga del termine.

Fatto l'inventario entro il termine, la moglie gode, per dichiararsi, d'altro termine di quaranta giorni che può esser pure prorogato dal giudice, presenti ovvero chiamati gli eredi del marito. Se essa non ha fatto stendere l'inventario nei tre mesi (salvo la proroga che le si è potuto accordare)

diversamente di quanto avviene in caso di successione per l'erede, è essa decaduta del dritto di rinunciare, e rimane definitivamente accettante.

Spirato il termine di quaranta giorni (che può prorogarsi) accordato per deliberare e risolvere, non si rende perciò solo la moglie accettante, ma come tale possono gli interessati perseguirla; fatto il l'inventario entro il termine, può la moglie per trenta anni dalla morte del marito, rinunciare quando che sia, anche nel corso dei procedimenti fatti contro di lei (pagando però le spese); ma se in tali procedimenti ella non rinunzia e fa condannarsi come vivente in comunione, allora è irrevocabilmente accettante (artic. 1456, 1459-1462 (1421, 1424-T)).

Se in questo stesso caso di morte naturale o civile del marito, la moglie pria di avere scelto muore, o entro il termine dell'inventario o in quello per deliberare, la legge accorda ai suoi eredi non solo il tempo che rimaneva del termine in cui ella è morta, bensì un altro intero. Se fra i quaranta giorni (dopo finito l'inventario) ella si muore, gli eredi che posson solo scegliere nella comunione, dopo aver preso parte alla eredità della moglie, potranno, se l'inventario fatto dalla comunione non li rende abbastanza informati, prendere per l'inventario il termine di tre mesi dato a qualunque erede, prima ed oltre quello di quaranta giorni (1461, 1462 (1426, T)).

XLVIII.—La moglie, presunta accettante quando lo scioglimento si avvera per la morte naturale o civile del marito, presumesi invece rinunziante quando la comunione si scioglie per sentenza di separazione di persona o di beni; e se ella in tal caso fa passare, senza che accetti, il termine di tre mesi e quaranta giorni (che può d'altronde prorogarsi dal giudice) diventa essa estranea del tutto alla comunione, come se avesse formalmente rinunciato. Il termine qui dato alla moglie per dichiararsi è pari ai due di cui gode nel caso precedente per far pria l'inventario e poi deliberare. Quantunque la moglie non sia qui obbligata a fare inventario, pure vi ha un

grande interesse, tanto per decidersi con piena conoscenza di causa, che per godere in caso di accettazione del *beneficio dell'inventario*, di cui parleremo nel seguente paragrafo (1463 (T)).

Finalmente se per la morte (naturale o civile) della moglie si scioglie la comunione; la regola stabilita per gli eredi di lei partecipa delle due che precedono. Pari alla moglie separata, sono essi liberati dall'obbligo dell'inventario; ma come la moglie superstita si presumono accettanti fino a che non dichiarino il contrario (1466 (T)).

XLIX.—La vedova, accetti o rinunzi la comunione sciolta per la morte del marito, ha il dritto di avere sui beni comuni: 1° il suo lutto, e quello dei suoi domestici, secondo la condizione sociale e gli averi del marito; 2° l'abitazione e i viveri per se e i suoi domestici durante il tempo stabilito dalla legge perchè essa faccia l'inventario e si deliberi. Cotesto dritto a lei personale non può esercitarsi dai suoi eredi (1465 e 1481 (T e 1417)).

L.—*Dei compensi*. Un punto importante che, salvo alcune varietà di particolari che noteremo, è comune ai due casi d'accettazione e di rinunzia, si è il pagamento dei compensi, cioè delle indennità che possono esser dovute o alla comunione dall'uno dei coniugi, o al coniuge dalla comunione, o all'uno dei coniugi dall'altro.

Allorquando un affare fatto durante la società coniugale, ha recato un beneficio ad un coniuge o a spese dell'altro, o della comunione, dopo lo scioglimento deve pagarsene l'indennità dal coniuge che ha avuto il beneficio; e la comunione che ha raccolto un vantaggio a danno del patrimonio di un coniuge, gliene deve compenso sui beni comuni.

LI.—Quando il marito si è reso garante della vendita fatta dalla moglie d'uno immobile proprio di lei, e deve perciò ristore lo acquirente evitto, egli può rivolgersi contro la moglie e chiederle compenso del danaro da lui pagato (1432 (1403)).

Non solo in caso di garanzia di una vendita è dovuto compenso al marito, ma vi ha egli dritto tutte le volte che per un obbligo

da lui contratto con solidarietà o senza, per un affare personale della moglie, avrà in tutto o in parte pagato il debito di lei. Così sarebbe anche dovuto compenso alla moglie se ella pagasse il debito personale del marito.

Ma il Codice spingesi oltre per la moglie. Considerando che spesso ella obbligasi col marito per garantire l'obbligazione da lui contratta, dichiara che il dritto di esser la moglie riguardata per rispetto al marito, come semplice mallevadrice, e di poter pretendere compenso di quanto ha pagato esiste anche per gli affari della comunione, pei quali dovrebbero in principio contribuire ugualmente entrambi. Vero che in tal caso esercitarsi contro la comunione e non contro il marito il compenso, in guisa che se la moglie accetta la comunione e questa è buona, il compenso non avrà risultato alcuno, perchè la moglie avrà di meno nella metà sua del fondo comune quel che il compenso le darebbe di più; ma se cattiva è la comunione, il dritto di compenso le sarà molto utile anche in caso di accettazione (1431 (1402), I e IV).

La moglie nei suoi rapporti col marito gode del beneficio eccezionale d'esser trattata quale mallevadrice, benchè obbligata per cosa che riguardi lui quanto il marito. In faccia ad un terzo condebitore e al creditore, ella non ha tal beneficio, e rimane ordinaria debitrice; se in caso di solidarietà il terzo pagasse l'intero debito, si rivolgerebbe contro la moglie per la porzione di lei (che che ne dica altrimenti una decisione dei ricorsi) e contra il marito per quella di lui (*ibid.*, II).

Aggiungasi che avrà fine tal beneficio, rimanendo la moglie governata dal dritto comune, anche riguardo al marito, quando le circostanze mostreranno essersi ella impegnata non solo per garantir l'obbligo del marito, ma anche per gravarsi personalmente d'una parte del debito. Tale è il caso in cui i coniugi contraessero per dotare il loro figlio comune (*ibid.*, III).

LII. — Vi ha luogo a compenso allorchè venduto un dritto proprio del coniuge, n'è

entrato il prezzo nella comunione. Ma se invece di entrarvi si dovesse tuttavia, sarebbe un credito proprio del coniuge per cui questi solo sopporterebbe l'insolubilità del debitore (tranne che il credito non appartenesse alla moglie e per trascuranza del marito, amministratore dei beni di lei, andasse perduto). Ma tal condizione non deve intendersi giudicatamente; e non perchè il marito avrebbe donato il prezzo dell'alienazione della moglie o perchè ne delegò il prezzo ai creditori, non è compita la condizione: il prezzo deve ritenersi per entrato nella comunione appena il capo di essa ne ha disposto. Se poi spetta al coniuge alienante provare che il prezzo della alienazione sia entrato nella comunione, o se il versamento debba presumersi fino a che sia provato dall'altro coniuge il contrario, bisogna distinguere: se la moglie chiede il compenso, una tal presunzione si ammetterà fino a che il marito pruovi il contrario; se lo chiede il marito, dovrà necessariamente seguire il dritto comune, e provare che il prezzo sia stato posto nella comunione, e che non l'abbia impiegato per conto proprio (art. 1453 (1418), I e II).

La comunione deve il compenso solo per la somma che ha ricevuto come prezzo (accessorio o principale) della alienazione del coniuge, senza badar se la cosa valesse più o meno. Ma non bisogna, come fece uno scrittore, ingannarsi; e se non si deve aver riguardo alla differenza tra il prezzo della vendita e il valore della cosa venduta, bisogna per l'incontro star cauti per conoscere se il prezzo indicato nel contratto sia o pur no il vero prezzo della vendita, che è il solo dovuto (art. 1436 (T), I).

LIII. — Siccome la comunione deve restituire a ciascun coniuge tutto quel che essa ha preso dai beni propri di lui, così questi deve restituire tutto quello che ha preso dai beni comuni per conto suo proprio. Se per esempio, egli ha tolto i danari della comunione, o per pagare un suo debito, o per acquistare delle servitù attive in favore dei suoi immobili, o per far cessare quelle passive, o per fare eseguire sovressi dei lavori (che non sieno i ripari

di manutenzione i quali sono a carico della comunione), o per qualunque altro affare suo proprio, egli dovrà il compenso alla comunione per il danaro somministratogli.

Diciamo che il coniuge deve il danaro da essa tolto, e non solo l'equivalente del vantaggio che ha potuto cavare dall'impiego, poichè, infatti, che importa al mutante dell'impiego che il mutuario faccia dei danari? Certo, se la comunione, non il coniuge, avesse fatto il negozio che si applica ai beni propri di costui, se il marito, capo della comunione, avesse fatto qualche operazione sui beni della moglie, questa avrebbe ben ragione di dire non esser quello un affare che la riguardi, e non dovere ella compenso per cosa che non le abbia giovato; ma se quel negozio sia stato fatto dallo stesso coniuge; il quale si è dichiarato mutuario dei danari comuni che ha tolto per suo conto, egli è, nè più nè meno, nell'obbligo di render la somma tolta in prestito (1437 (T), I e II).

LIV. — Del resto, il profitto o il danno che la comunione ha potuto ricavare dalle operazioni di un coniuge, non dà mai luogo a compenso, se versino sul godimento che appartiene alla comunione sopra i beni del coniuge, e che sin stato accresciuto o scemato dalle modificazioni arretrate dal coniuge alla composizione del suo patrimonio.

Così, se il coniuge alieni un potere che dà pochissimo, o per una casa che produce il doppio, o per una rendita vitalizia che dia il doppio od anche il triplo, in questa ed in altri simili casi, la comunione, non ostante il vantaggio che il negozio del coniuge le ha procurato, non dovrà alcun compenso, poichè essa non ha preso altro che i frutti. Viceversa, se qualche danno sia venuto alla comunione da operazioni inverse, ella non potrebbe pretendere verun compenso, poichè ha preso tutti i frutti. Infatti, potendo la comunione goder solo del patrimonio del coniuge, tale quale, rimanendo a questi il *jus abutendi*, il pieno dritto di disporre e la facoltà di comporre il suo patrimonio come meglio gli piace, ne segue che la comunione,

qualunque sia l'aumento del godimento, raccogliendo i soli frutti del patrimonio, ha esercitato il suo dritto e non deve restituire; come anche ella non potrebbe pretendere il benchè menomo compenso, per quanto fosse scemato il suo godimento, poichè prendendo tutti i frutti ha esercitato il suo dritto. Invano si direbbe che il godimento in fin dei conti si è accresciuto a spese del capitale, e che quindi la comunione non prende altro di meglio che i semplici frutti; poichè una tale idea, se giusta come fatto, sarebbe falsa come regola legale, riguardandosi dal Codice come semplici frutti i prodotti, anche quando assorbiscano il capitale intero, dell'usufrutto o della rendita vitalizia (art. 1436 (T), II).

La comunione però, non obbligata mai a dar compenso per i frutti dei beni propri, lo dovrà sempre per un capitale; ed essa non potrebbe pretendere che il capitale proprio entrato nella sua cassa nulla frutti al patrimonio del coniuge (*ib.*, III).

LV. — *Delle costituzioni di dote.* — Per le dote che si costituiscono ai figli, spesso volte è sorta la questione di compenso.

Se un coniuge prende dai beni della comunione o da quei del consorte la dote per un suo figlio avuto da un primo matrimonio, egli senza dubbio dovrà il compenso. Ma spesso questo si deve anche per la dote costituita ad un figlio comune (articolo 1469 (T)).

Se tutti e due i coniugi abbiano costituita la dote al figlio comune senza dichiarare che vogliono gravarsene in parti disuguali, ciascun di essi è personalmente obbligato su' beni su cui è costituita la dote, in guisa che se la dote prendesi per intero o sui beni comuni, o su quelli di uno dei coniugi, devesi compenso, nel primo caso, alla comunione da ognuno dei coniugi in metà; nel secondo all'uno dei coniugi all'altro per la metà da questi dovuta. Se i coniugi dichiarano gravarsi della dote in parti ineguali, il debito è personale a ciascun di essi per la parte stabilita, in ragion di cui si dovrebbe il compenso nelle due ipotesi suddette. Non vi sarebbe com-

penso se ognuno dei costituenti prenda sui beni propri la porzione a cui è obbligato (1438-1439, n. 1 (TT)). Quando il marito costituisce sui beni suoi propri la dote, ha dotato per conto suo personale, nel qual caso non compenso gli si deve; ma se la dote costituita sopra i suoi beni fosse tolta dai comuni, o da quelli della moglie, ei dovrebbe compenso. Se il marito ha dotato solo, ma su i beni comuni, stimasi avere agito qual capo della comunione e per conto di essa, e non deve compenso se la dote si è soddisfatta sui beni comuni; ma se presa sulla comunione, la moglie che accetta e partecipa a questa, ne pagherà la metà (*ibid.*, II).

Quando la moglie costituisce sola la dote, bisogna distinguere: se assente il marito essa l'ha costituita (autorizzata dal magistrato) sulla comunione, allora, tranne contraria dichiarazione, deve riputarsi avere agito invece del marito e per conto della comunione, e si applica quel che si è detto del caso in cui il marito dota solo sui beni

comuni. Se invece la moglie dota presente e consenziente il marito, il quale lasciandola far da sé mentre poteva agire, mostra non volersi personalmente obbligare, va ella gravata della dote, dovendone il compenso se la si paga sui beni del marito o su quei della comunione (*ibid.*).

I coniugi che dotano unitamente, non possono stipulare come un tempo, che il figlio, in compenso della dote, non avrà la tale o tal parte della eredità del premoriente; possono bensì dichiarare che la dote sarà imputata per lo intero su quella eredità. Viventi i coniugi, i quali restan sempre costituenti ognuno in metà, tal clausola non ha effetto; ma alla morte dell'uno di essi, il solo premoriente ha costituito, ed il sopravvivente rimane estraneo alla promessa, in modo che se la dote è stata presa anche in parte o sui beni della comunione, o su quei del coniuge superstite, l'eredità del premoriente ne deve il compenso (*ibid.*, III).

§ 2. — Effetti dell'accettazione.

LVI. — L'accettazione conferma alla moglie la sua qualità di vivente in comunione, di comproprietaria dei beni, e le dà il diritto di togliere la sua parte dell'attivo della comunione, sottoponendola all'obbligo di sopportare anche la sua porzione nella contribuzione del passivo e nel pagamento dei creditori.

Come preliminare o primo atto della divisione, si debbono conferire i compensi dovuti alla comunione dai coniugi, ed esercitare le recupere che essi possono fare.

LVII. — *Collazioni.* — Ogni coniuge è obbligato alla collazione reale o fittizia di quanto deve alla massa comune. Vero che una scambievole liberazione per via di compenso, fino alla concorrenza tra quanto deve alla comunione dal marito e dalla moglie, parrebbe più semplice della collazione e perciò da preferirsi. Ma in tal modo a causa del dritto che ha la moglie di agire pei suoi crediti sui beni del marito se non bastassero i comuni, recherebbe gran pre-

giudizio a questo; e se gli è naturale di procedere per compenso quando tal modo non reca alcuno inconveniente, pure la legge doveva adottare come principio l'obbligo della collazione e permettere sì opponga il marito al compenso se possa nuocergli (1468 (T)).

LVIII. — *Ricupero.* — Sulla massa totale che abbraccia i beni comuni e i propri dei coniugi, ognuno di essi ritoglie: 1° i beni suoi propri in natura, quali comprendono gli acquistati in rimpiego degli alienati; 2° il prezzo non confuso nella cassa comune dei beni propri alienati e non rimpiegati; 3° ci preleva lo ammontare di tutte le indennità che gli deve la comunione. Per le due prime specie di ricupero non havvi differenza tra marito e moglie, ma per quelle della terza vi è la doppia differenza, che la moglie le esercita pria del marito, e non bastando i beni comuni pagasi sui beni personali di lui.

Le indennità dovute dalla comunione

prelevansi per entrambi i coniugi: 1° sul contante di essa; 2° su i beni mobili, se il contante non basta; 3° finalmente, e bisognando, sugli immobili. Può ogni coniuge scegliere sugli immobili, come su i mobili i beni che gli aggradano; ciò non è per esso un semplice pagamento, nè ci fa acquisto; bensì un prelevamento che ci fa come dividente; togliendo la cosa non qual creditore, ma qual proprietario, per cui non deve dritto alcuno di mutazione.

Ma non per questo la moglie può sottrarre all'azione dei creditori i beni presi in tal modo; dappoichè non come propri li toglie, ma colla qualità di vivente in comunione, di dividente dei beni di essa per cui restano pegno dei creditori di questa ultima. Che se la moglie non badando alla sua qualità di comproprietaria, pensa a quella di creditrice, non potrebbe perciò respingere gli altri creditori, nè vincerli colla ipoteca ch'ella ha sui beni del marito, e non su quelli che son tuttavia della comunione. D'altronde tal prelevamento in natura ed a titolo di comproprietaria è impossibile tostochè la moglie, non bastando i beni comuni, pretenderebbe i suoi compensi sui beni personali del marito (1470-1472 (TT)).

LIX. — Siccome con lo scioglimento si pon fine alla comunione, ed i beni rimangono privi di un capo da cui o contro cui può farsi una domanda d'interessi, la legge fa correre di pieno dritto e senza domanda, contando dallo scioglimento, l'interesse dei compensi che devono i coniugi alla comunione, o che essa lor deve (1473 (T)).

Non così del denaro che devesi in quel punto dall'uno dei coniugi all'altro, e che può chiedersi in quel tempo, e non durante la comunione. Son questi crediti ordinari che producono interessi dal giorno della domanda, siccome permettono al coniuge creditore di prendere in natura i beni del coniuge debitore, tranne che questi ne acconsenta l'alienazione che darebbe luogo al dritto di mutazione. I dritti che posson sorgere da un coniuge sull'altro dopo lo scioglimento, come per esempio i soprappiù della divisione, son sottoposti ai prin-

cipi ordinari che producono o no interessi di pieno dritto, secondo che trovansi o no nell'un dei casi a cui la legge dà tale effetto 1478 1480 (TT)).

LX. — *Divisione dell'attivo.* — Fatte le collazioni e le ricupere, l'attivo comune dividesi in metà tra il marito e la moglie. Pure se l'uno dei dividendi ha alienato nascostamente oggetti della comunione, rimane privo della sua metà di tali oggetti e dei dritti che la liberalità del suo coniuge gli darebbe sull'altra metà.

Tal privazione, pena del fatto, s'incorre dal dividente quando agisce con discernimento e non ostante la sua minore età. Ma se il coniuge che avea distornato un oggetto, lo conferisce spontaneamente, avanti che si sia scoperto il fatto, deve ammettersi con Pothier non esservi distornamento consumato, ma un semplice principio di occultamento, a cui non si può applicare la pena (1477 (T)).

Nella divisione della comunione applicansi le regole stabilite dalla legge per le forme e gli effetti della divisione delle successioni. Quanto alle forme, la divisione dovrebbe farsi giudiziaria se tra i dividendi vi fosser minori, interdetti o assenti. Per gli effetti, la divisione sarà veramente dichiarativa, ed ogni dividente stimato esclusivo proprietario dei beni spettati nella sua porzione, contando dal giorno in cui sono entrati nella comunione, percliè d'allora sono stati indivisi tra i due coniugi (1476 (T)).

LXI. — *Divisione del passivo.* — Il passivo della comunione che abbraccia, oltre a ciò da essa dovuto allo scioglimento, tutte le spese per gli atti che preparano, accompagnano o compiono la divisione, ha una doppia divisione che non bisogna per nulla confondere. Si applica l'una tra i coniugi e stabilisce quanto ognuno di essi deve contribuire definitivamente: riguardo agli altri creditori stabilisce la quota per cui ogni coniuge è tenuto verso di quelli, salvo il regresso contro l'altro.

I coniugi contribuiscono per tutti i debiti della comunione senza distinzione: o 1° giusta la convenzione che vorranno, su ciò

stabilire; o 2° in mancanza di convenzione speciale, in metà per ciascuno; o 3° infine, se vi è beneficio, dalla moglie secondo lo emolumento che ella ha tolto dall'attivo, e dal marito per tutto il di più.

La moglie, per godere di tal beneficio, deve fare stendere, nei tre mesi dallo scioglimento, un fedele e regolare inventario, e dar conto sì dei beni in esso compresi, che di quelli i quali o per la loro natura o per dimenticanza, le sarebbero pervenuti fuori dell'inventario.

L'emolumento a seconda del quale sopportansi dalla moglie i debiti, abbraccia quanto in suo favore ha preso dalla comunione, ma non le somme o beni prelevati per soddisfo delle indennità ad essa dovute da quella (ciò essendo una ricupera del suo); e tali cose debbon essere apprezzate secondo lo stato in cui trovavansi ed il loro valore nel giorno della divisione. Quando, o per l'applicazione delle regole che indicheremo nel seguente numero, o per una ipoteca, l'uno dei coniugi ha pagato più di quel che doveva, può rivolgersi contro l'altro per tutto quel che ha pagato di più (1482, ccc. I-III (T)).

LXII. — Quanto all'azione dei creditori, bisogna dividere i debiti della comunione in molte specie. Per quei del marito si procede per tutto contro di lui, essendo ei sempre in faccia ai creditori il personale debitore, di poi per metà soltanto contro la moglie, perchè obbligata come vivente in comunione. E viceversa per i debiti della moglie si può procedere contro di lei pel tutto, e contro il marito per metà, come coniuge in comunione. Per quei contratti da entrambi in solido procedesi contro ognuno per l'intero.

Per quelli fatti congiuntamente, ma non in solido, si può procedere per tutto contro il marito (non ammettendosi aver egli fatto intervenire la moglie onde diminuire la sua obbligazione) e contro la moglie per metà; ma essa non è più obbligata come moglie in comunione, bensì personalmente. Per quelli in ultimo ai quali opponesi dalla moglie il beneficio d'inventario (cosa che ella può fare per quei a cui è obbligata come

vivente in comunione) si procede contro di lei, non in metà ma a seconda il suo emolumento, e per tutto il di più contro il marito (1484-1487 (T)).

Infatti il beneficio dell'inventario con le condizioni sopra cennate, si può opporre dalla moglie tanto ai creditori che al marito, ma contro i primi per i debiti di cui ella è tenuta come vivente in comunione e non personalmente; e contro il marito per tutto il passivo della comunione, senza eccezione o distinzione alcuna. Benchè tal beneficio somigli a quello che compete all'eredità in caso di successione, ne differisce però nelle condizioni che lo costituiscono (non richiedendosi, come nell'altro, una dichiarazione in cancelleria) come anche nei suoi effetti; poichè restano confusi i beni della comunione e quelli della moglie. Tutti questi beni fanno un solo patrimonio; da ciò la doppia conseguenza: 1° che la moglie a differenza dell'eredità beneficiata, può alienare a suo piacere e senza formalità tutti i beni comuni pervenutigli, sì mobili che immobili; 2° che essa non può mai far lo abbandono dei suoi beni ai creditori, come nè questi possono costringerla a farlo; potendo solo quest'ultimi, se l'estimo sembri lor poco, farne eseguire altro in cui interverranno (1483-III (T)).

Pagando il coniuge al debitore più di quel che doveva per la sua parte, presumesi aver egli voluto liberare il suo coniuge, e non ha quindi dritto alcuno a ripetere contro il creditore. Non così se la quitanza farebbe menzione essersi pagato il danaro dal coniuge per la porzione a cui era obbligato; il coniuge avrebbe allora dritto di rivolgersi contro il creditore (1488 (T)).

LXIII. — Fra i debiti che possono esser pagati per intero dalla moglie e per metà dal marito, si devono comprendere, come insegna Pothier, quelli contratti dalla moglie durante e prima del matrimonio; perchè gli uni e gli altri sono debiti della moglie.

E per tutti tali debiti può il creditore, quando tra il marito e la moglie si applica il beneficio d'inventario, dopo chiesto al marito (*proprio jure*) la metà a cui esso

è obbligato, chiedergli anche (*jure debitoria*) la parte dell'altra metà superiore all'emoimento della moglie nello attivo. La contraria dottrina del più degli scrittori è erronea; dappoichè i creditori posson do-

mandare al marito solo la sua metà, agendo nel loro nome *personale*, e possono domandargli l'eccedente dell'emoimento della moglie, *agendo in nome di lei* (1485-1486 (TT), II).

§ 3. — Effetti della rinunzia.

LXIV. — La moglie rinunziando si rende estranea alla comunione. Non ha quindi dritto ai beni comuni, i quali diventano propri esclusivi del marito. Soltanto, come di ragione, essa riprende: 1° i beni mobili o immobili che le son propri, esistenti in natura; 2° il prezzo non ancor confuso nella cassa comune dei suoi beni propri alienati; 3° in ultimo, le indennità che le si devono, cioè tutto quello che preterirebbe prima della divisione, se avesse accettato. — Ma non può, come nel caso di accettazione, pagarsi le sue indennità con appropriarsi in natura i beni della comunione; essendo semplice creditrice, ha solo dritto al pagamento in danaro, per il quale può procedere su tutti i beni del marito, e gl'interessi dei suoi crediti corren- do,

condo il dritto comune, dal giorno della domanda. La legge per umanità e pubblico decoro, oltre a tali dritti, le permette di togliere le vesti e le biancherie di suo uso: *Non debet enim abire nuda*. Un tal favore l'è personale e non può esercitarsi dai terzi. Se la moglie muore dopo avere ripreso tali oggetti, rimangono questi agli eredi, perchè fan parte del patrimonio; se muore pria, non potranno essi pretenderli, perchè manca il motivo della ricupera (1492-1493-1495 (TTT)).

Per l'incontro la moglie che rinunzia non è gravata dei pesi della comunione; e se dovesse pagarne alcuni, non come vivente in comunione, ma come personalmente obbligata, avrebbe il regresso per l'intero contro il marito (1494 (T)).

OSSERVAZIONE GENERALE.

LXV. — Adottandosi la comunione legale, uno dei coniugi può in alcuni casi procurarsi maggiori vantaggi in danno dell'altro. Tali vantaggi son posti dalla legge in una classe particolare, governata or dalle regole delle liberalità ordinarie, or da quelle degli atti a titolo oneroso. Se un coniuge che ha avvantaggiato l'altro del suo, lascia eredi i figli di un primo matrimonio, il vantaggio, come qualunque donazione, può ridursi a loro richiesta; nel caso contrario, quantunque il coniuge abbia per eredi ascendenti « anche figli del matrimonio, il vantaggio non può impugnarsi. Se l'eredità del coniuge è dunque accettata tanto dai figli del matrimonio, quanto da quelli del precedente, e questi ottengano la riduzione, i primi ne trarran

profitto (perchè i beni, tostochè entrano nel patrimonio, debbono ugualmente dividersi), ma non possono intendere l'azione. Poco importa che la comunione, da cui nasce il vantaggio, derivi da una espresa eccezione o dall'essersi i coniugi maritati senza contratto; o che il vantaggio risulti dallo stato del patrimonio dei coniugi al tempo del matrimonio, o solo dai beni o dai debiti che l'un son poi pervenuti: in tutti i casi la regola è la medesima, benchè medesime le conseguenze. Ma è d'uopo notare che il vantaggio deve esser solo quello che direttamente deriva dalla confusione de' beni e dei debiti dei coniugi, non tenendosi alcun conto degl'interessi, delle rendite o del prodotto dell'industria dei coniugi (1496 (T)).

CAPITOLO SECONDO

DELLA COMUNIONE CONVENZIONALE.

LXVI. — I coniugi sono liberi del tutto (purchè rispettino la morale e l'ordine pubblico) di stipulare come loro aggrada il patto matrimoniale; posson dunque rigettare qualunque regola di comunione, e mettersi sotto una delle regole che analizzeremo nella *seconda parte*, o modificare la comunione legale per via di convenzione nei limiti sopradetti.

Parlare delle infinite stipulazioni che può creare la fantasia dei contraenti, sarebbe impossibile; ma quelle messe in uso dalla pratica, e che si spiegano dal Codice seguendo l'antica dottrina, sono otto da ridursi a cinque specie, secondochè riguardano: 1° la restrizione della comunione ordinaria; 2° la sua estensione; 3° il pagamento diviso dei debiti dei coniugi; 4° il dritto della moglie di ritogliere quanto ha recato; 5° in ultimo la modificazione delle regole della divisione (artic. 1497-1 (T)).

Pure fra queste non si trova una clausola semplice e in uso, di cui il Codice non parla per la sua semplicità: ed è l'obbligazione d'impiegarsi gl'immobili della moglie. Ne diremo qualche parola, e pria di esaminare i cinque oggetti sopra indicati, insisteremo sovra un altro punto di grande rilievo.

LXVII. — Si è visto come il reimpiego degli immobili della moglie, per come è regolato dalla legge, meramente facoltativo per il marito, si effettui sotto due condizioni: 1° che il marito dichiari l'origine del danaro, e per qual fine l'immobile si acquisti; 2° che questo si accetti dalla moglie come proprio. La prima delle due condizioni è anche necessaria per il reimpiego obbligatorio o convenzionale (cioè quello che il marito deve recare in effetto

per una clausola speciale del contratto). Ma si è discordi nel decidere se la seconda condizione sia parimente richiesta. Dicesi per il no che imponendosi al marito l'obbligo del reimpiego, gli si dà il mandato di acquistare per la moglie, la quale se ne rimette così alla scelta di lui. È questo un errore. La sola differenza tra il reimpiego legale ed il convenzionale si è, che la facoltà di comprare derivante dal primo, mutasi nel secondo in obbligazione; or poichè l'oggetto della facoltà si è di comprare un immobile che diverrà proprio della moglie, se a lei conviene, tale è pure l'oggetto della obbligazione. Il mandato di comprar per la moglie può ben darsi al marito; ma sarebbe necessaria una dichiarazione *ad hoc* (1497-II (T)).

Il secondo punto importante si è che i coniugi, benchè liberi, non possono dichiarare, come si è spesso preteso, inalienabili gl'immobili della moglie adottando la regola di comunione; ma solo sottomettendoli alla regola dotale. I coniugi adottando pel rimanente la comunione, possono ottenere l'inalienabilità degl'immobili, ma è forza adottino espressamente la regola dotale. La ragione n'è semplice: Il libero movimento de' beni, la loro alienabilità, è un principio d'ordine pubblico, a cui si può derogare nei casi e nelle condizioni formalmente previste dalla legge; ed è ben chiaro che l'inalienabilità dei beni del marito non potrebbe essere efficacemente stipulata.

Or non si potrebbe stipulare la inalienabilità degli immobili della moglie, tranne non si sia espressamente dichiarato di seguire la regola dotale come non si potrebbe in niun modo stipulare quella degli immobili del marito (*ibid.*, III).

SEZIONE PRIMA.

CLAUSOLE CHE RESTRINGONO LA COMUNIONE LEGALE.

LXVIII. — I coniugi possono, o stipulando una semplice comunione d'acquisti, o escludendo dalla loro comunione tutto o parte dei loro mobili, restringere la comunione ordinaria.

§ 1. — *Della comunione di acquisti.*

LXIX. — La comunione d'acquisti per la quale, checchè ne dicano gli scrittori, la legge non richiede alcuna particolare espressione, abbraccia nel suo attivo i guadagni provenienti durante il matrimonio dall'industria dei coniugi, ed i frutti o rendite dei loro beni percepiti, o corse durante il matrimonio. Essa quindi lascia loro propri: 1° tutti i beni mobili ed immobili che loro appartengono il giorno del matrimonio, per qualunque causa lor pervenuti; e 2° tutti quelli avuti durante il matrimonio ma non dalla loro industria.

Gli interessi, annualità o rendite corse al tempo del matrimonio son proprie del coniuge, quand'anche pagate con ritardo. I frutti pendenti dai rami o dalle radici appartengono alla società, ed essa li raccoglie diversamente dalla comunione legale coll'obbligo di compensare il coniuge del danaro pagato per sementi e coltura, dappoichè tal danaro se non si fosse pagato, sarebbe rimasto proprio del coniuge.

Il passivo abbraccia: 1° i debiti contratti per la società durante il matrimonio; 2° gli interessi o annualità dei debiti personali de' coniugi; 3° i pesi inerenti all'usufrutto dei beni di essi. Tutti i debiti che esistono nel giorno del matrimonio e quei delle successioni o donazioni mobiliari che pervengono durante il matrimonio sono personali ai coniugi (1498-I e II (T)).

LXX. — Qui, come sotto la comunione legale, ogni cosa si reputa comune fino a che non sia provato il contrario dal coniuge che la reclama come propria. Tal prova, semplicissima per gl' immobili, è pei mobili sottoposta a particolari regole. Se è un mobile recato dal coniuge maritandosi, la leg-

ge, senza far distinzione tra il marito e la moglie, ammette la sola prova dell'inventario, o di uno stato in buona forma. Ma pei mobili pervenuti durante il matrimonio, dovendo il marito far comprovare non solo quelli che pervengono a lui, ma anche quelli della moglie, e non potendosi questa chiamar responsabile della negligenza o della frode del primo, la legge obbligando il solo marito a far l'atto nella forma dovuta, permette che la moglie, ove quella manchi, pruovi con testimoni ed anche per pubblica voce la consistenza del mobile pervenutole. Gli eredi del marito o della moglie hanno gli stessi dritti del loro autore; ma quelli del marito potranno far la pruova per testimoni e per pubblica voce ove pretendano che in loro danno sia stato omissa l'inventario.

I beni propri mobili dei coniugi si distinguono in perfetti ed imperfetti, come nella comunione legale; ed i mobili veramente propri della moglie non possono alienarsi dal marito (articolo 1499-III e IV (T)).

LXX bis. — Se la comunione si riducesse agli acquisti immobili, il che si fa alle volte e legalmente, come lo riconosce la giurisprudenza, checchè ne dicano molti scrittori (non essendo tal clausola contraria ai costumi nè proibita da alcun testo), l'attivo abbraccerebbe soltanto quei guadagni indicati più sopra, che sarebbero immobilizzati, restando gli altri propri al marito. Quanto al passivo, siccome i debiti contratti durante il matrimonio (che non riguardano gli immobili propri dei coniugi) gravano sugli acquisti fatti durante lo stesso matrimonio, i beni mobili della comunione

che rimangono al marito, e gl' immobili che formano la società, sosterranno una parte de' debiti in proporzione al loro valore. A questa comunione tanto ristretta si applicano le regole dell'ordinaria, non incompatibili con essa, e specialmente la regola del retratto d' indivisime di cui si è parlato

nel numern XXII. Ma se il retratto dà una cosa propria al marito, non sarà dovuto alcun compenso, perchè suo il danaro con cui si è fatto l'acquisto; se alla moglie, dovrà essa il compenso come nella comunione ordinaria (*ibid.*, V).

§ 2. — Della esclusione in tutto o in parte dei mobili.

LXXI. — Il coniuge può escludere dalla comunione tutti o una porzione dei suoi mobili presenti, o futuri, o presentie futuri in quattro modi diversi: 1° dichiarando escludere l'intero, o la tal parte dei suoi mobili; 2° dichiarando invece voler mettere la tal porzione in comunione (ciò che ne esclude virtualmente il resto); 3° dichiarando che la tal porzione dei mobili, o una data somma che prenderà da essi, servirà ad acquistare immobili che gli saranno propri (nel qual caso la stipolazione si chiamerà *clausola d'impiego*); 4° infine mettendo i suoi mobili in comunione fino alla concorrenza della tal somma (il che ne esclude il dippiù).

Si dà spesso a tale esclusione dei mobili il nome generico d' *immobilizzazione o di esclusione (realisation)*, perchè pareggia ad immobili e realizza in vantaggio del coniuge, riserbandooglieli propri, tutti, od una parte dei suoi beni mobiliari. Ma la parola *esclusione* si usa anche in più ristretto ed esatto senso per i tre primi dei quattro casi sopran detti, ed in appossizione all'ultima stipolazione, che ha il particolar nome di *clausola di ciò che si è recato*. Bisogna far distinzione tra coteste clausole (articolo 1500 (T), I).

LXXII. — *Clausola di esclusione*. — Allora che un coniuge si rilascia in proprio tutti i suoi mobili o una parte di essi, o escludendoli direttamente dalla comunione, o indirettamente la tal porzione, mettendo l'altra in comunione, o infine con una clausola d'impiego, la riserva abbracciando tutti o una parte de' mobili, obbliga il coniuge a sostenere in proporzione i suoi debiti mobiliari. In fatti il Codice, ponendo fine alla controversia degli antichi scrittori, sanziona

con varie disposizioni il principio dell'antico dritto francese. riprodotto da Pothier, che i debiti mobiliari gravano sempre sull'attivo mobiliare. Il coniuge adunque escludendo tutti i suoi mobili presenti, si grava di tutti i suoi debiti presenti; escludendo quei che gli perverranno per successioni o donazioni, sopporta i debiti di queste; riserbandosi una quota degli uni o degli altri, sostiene una parte in proporzione dei debiti. Riserbandosi uno o più mobili determinati, egli non sosterebbe alcun debito, o li pagherebbe tutti se uno o più determinati mobili avesse posto in comunione: *Quia non certarum rerum aes alienum onus est*.

La clausola d'impiego produce per sé stessa la esclusione, e pria che si effettui l'impiego.

È stato sempre così, ed a ragione, poichè dalla comunione sono escluse le cose che si sono riservate, onde acquistarsi degli'immobili al coniuge.

Inoltre, derogando la clausola di esclusione al dritto comune, dovrà sempre interpretarsi in senso ristretto, e se molti sensi offrisse, dovremmo attenerci a quello che allontana più meno dalle regole della comunione legale (1500 (T), II, III e IV).

LXXIII. — *Clausola di ciò che si è recato*.

— La clausola con cui un coniuge mette in comunione il suo mobile fino alla concorrenza di una determinata somma differisce dalle tre di cui abbiamo parlato, dappoichè o non ne sorge esclusione, o non una vera e propriamente detta. Da un lato infatti, escludendosi solo dalla comunione quei mobili del coniuge che oltrepassino la somma da lui promessa; ma può ben darsi che i mobili non siano più della somma, nè pari

ad essa. D'altro lato il dippiù, se ve ne è, non appartiene al coniuge, bensì alla comunione, la quale è sola debitrice del valore di esso. In tal caso il coniuge ha rilasciato il mobile per soddisfare il debito contratto; vi è dazione in pagamento; la comunione acquista la proprietà di tutti i mobili, e per essa il loro prezzo si accresce o si assottiglia.

Il coniuge, essendosi costituito con quel che ha conferito debitore dell'indicata somma, deve provare allo scioglimento che l'ha pagata per intero col mobile pervenutogli. La prova della consistenza del mobile è sottoposta a varie regole, secondo che il mobile si è arrecato al tempo del matrimonio, o è pervenuto dopo. Per quest'ultimo (che il Codice fa entrare pure in conto del pagamento della somma promessa), si fa la prova secondo la regola indicata per la comunione d'acquisti, cioè che il marito possa provare con l'inventario o con uno stato in buona forma, e la moglie, in mancanza dello stato, anche con testimoni, ovvero per pubblica voce. Per il mobile recato nel dì del matrimonio la legge non è

così esigente: per ciò che la moglie ha recato, basta la quitanza data dal marito, o nel contratto o in un atto posteriore, alla moglie o a quei che l'hanno dotata; potendosi anche stipulare nel contratto che il fatto stesso del matrimonio valga quitanza: per ciò che ha recato il marito, basta la semplice dichiarazione che egli fa nel contratto.

Il coniuge deve rispondere in faccia alla comunione dei mobili che le dà in pagamento, e non si conterebbero a scarico di lui quelli che le sarebbero stati tolti. I crediti debbono inoltre pagarsi alla comunione: ma si presumerà che quei della moglie siano stati pagati, o che non siano stati per colpa del marito, fino a che questi non giustificherà di aver proceduto in tempo utile ma senza alcun jùd.

I debiti che gravano i mobili del coniuge e che la comunione avrebbe pagato, debbono dedursi dal valore imputabile dei mobili del coniuge, il quale deve apprezzarsi secondo lo stato delle cose nel giorno in cui la comunione li ha ricevuti (1501-1504 (TT)).

SEZIONE II.

DELLE CLAUSOLE CHE ESTENDONO LA COMUNIONE LEGALE.

LXXIV. — I coniugi posson restringere la comunione legale, come ampliarla; escluderne tutti o parte dei loro mobili, che per diritto comune vi entrerebbero, e mettersi una porzione o tutti i loro immobili, che per principio ne sono esclusi. Qualunque clausola che ha ciò per oggetto, chiamasi clausola di *mobilitazione*.

Ma non deve prendersi letteralmente questa parola. Significa essa non che gli immobili, oggetto della clausola, saranno tenuti mobili ed entreranno nella comunione con tal qualità fittizia, ma che essi si assomiglieranno ai mobili perchè entreranno nella comunione. I beni mobilitati adunque non si pareggiano ai mobili, ma agli immobili della comunione.

La mobilitazione è generale o particolare; generale se riguarda tutti gli im-

mobili presenti o futuri, o presenti e futuri o una parte di essi; particolare se si applica ad uno o a molti immobili particolarmente indicati; e siccome non è mestieri che la indicazione fosse individuale, la mobilitazione degli immobili del tal cantone, della tal comune, di quel dipartimento sarebbe particolare (1505 (T), 1).

LXXV. — Altra distinzione di molta importanza è quella delle mobilitazioni determinate e indeterminate. Il Codice ne porge due definizioni che contraddicono a vicenda; ma siccome la seconda è conforme all'idea di Pothier e consiste in cose, e la prima ne è contraria e consiste in parole per mancanza di riflessione, non vi è da esitare fra le due. La mobilitazione determinata, o meglio chiamata perfetta, ossia la mobilitazione vera, è quella

che mette l'immobile o gl'immobili puramente e semplicemente nella comunione. La indeterminata o imperfetta ve li pone fino alla concorrenza di una determinata somma (1506-1509 (TT), n. I, IV).

Sia particolare o generale la mobilitazione, essa rende proprietaria degl'immobili la comunione, o d'una quota, ed il capo di essa può alienarli come gli immobili comuni. La mobilitazione indeterminata dà alla comunione un dritto di credito di particolar natura. Il dritto della comunione non riguarda la somma fino alla cui concorrenza sono mobilitati gli immobili, bensì gli stessi immobili fino alla concorrenza di tal somma; da ciò deriva che se il loro valore fosse minore, la comunione sarebbe pur sempre astretta a contentarsi degli immobili, e benchè non proprietaria è autorizzata ad ipotecarli fino a quella determinata somma. Le regole son comuni alla mobilitazione determinata ed alla indeterminata. L'una è la facoltà per cui il coniuge il quale fa la mobilitazione può, dividendosi la comunione, trattenerli i beni mobilitati per quanto valgono in quel punto. L'altra è il debito di garanzia che trae ogni particolare mobilitazione: non essendo questa una liberalità, deve indenizzarsi la comunione se le vien tolto un immobile che le fosse stato specialmente

rilasciato. La mobilitazione generale non dà luogo a garanzia, poichè quei che rilascia tutti i beni li trasmette tali quali (*ibid.*, V e VI).

LXXVI. — Allorchè i due coniugi consentono alla mobilitazione perfetta e generale, sia degli immobili presenti, sia dei futuri, o dei presenti e futuri, tale scambievolmente stipulazione stabilisce tra loro una comunione universale la quale, posta per la sua importanza in una sezione divisa, è quindi un caso di mobilitazione. D'altronde, anche nel caso in cui tale scambievolmente mobilitazione si stipulasse per tutti gl'immobili presenti e futuri (in tal modo sarebbero comuni tutti i debiti presenti e futuri), potrebbe la comunione non essere rigorosamente universale se si dessero al coniuge alcuni beni a condizione di rimanergli propri; con ciò si escluderebbero dalla comunione i beni e i debiti correlativi.

Ogni clausola di mobilitazione deve, per eccezione al dritto comune della comunione, interpretarsi rigorosamente e limitatamente; così quella con cui i coniugi dichiarassero senz'altro di voler mettere in comunione tutti i loro immobili, intenderebbero solo per i presenti (1526 1505 (TT), II, III).

SEZIONE III.

DELLA SEPARAZIONE DEI DEBITI.

LXXVII. — Bisogna distinguere: 1. la separazione di debiti perfetta e propriamente detta, e 2^a quella che imperfettamente deriva dalla clausola di franco e libero.

1. *Della separazione propriamente detta dei debiti.* — L'esclusione dalla comunione dei debiti che vi entrerebbero per dritto comune, la quale può aver luogo o per uno dei coniugi o per entrambi, si stabilisce espressamente o virtualmente; espressamente, quando dicesi nel contratto che uno o ciascuno dei coniugi pagherà solo i suoi debiti; virtualmente, quando uno o ciascuno

di essi si lascia in proprio tutti i suoi mobili, o non recandone punto, o soltanto una determinata somma, ovvero oggetti particolari. Si applica allora il noto principio: *universi patrimonii non certarum rerum, aes alienum onus est*. Siccome la clausola di esclusione dei debiti, al pari delle altre del nostro capitolo, deve intendersi limitatamente, quella che indicasse senz'altro *i debiti o tutt' i debiti*, si applicherebbe a quelli anteriori al matrimonio. Per debiti anteriori al matrimonio intendonsi tutti quelli soltanto nati da un fatto precedente al matrimonio. Vi si comprenderebbe dun-

que l'ammenda a cui un coniuge fosse condannato durante il matrimonio per un delitto commesso pria, poichè da questo ha causa l'ammenda. Non vi si comprenderebbero i debiti di una successione (mobiliare) apertasi pria della celebrazione, ed accettata dopo, dappoichè il coniuge accettando si rende obbligato ai debiti ereditari. Considerando *in dritto* gli effetti dell'accettazione, è d'uopo dire che essi retroagiscono al giorno dell'apertura della successione; ma qui si esamina una questione d'interpretazione, d'intenzione, *di fatto*; or in fatto, e nel pensiero del coniuge, la sola accettazione lo grava dei debiti della successione, siccome fa acquistargli l'attivo. L'esclusione abbraccia di pieno dritto col capitale dei debiti i loro interessi corsi pria del matrimonio; non potrebbero escludersi quelli da correre, se non con una speciale dichiarazione del contratto (1510-1512 (TT), n. I e II).

LXXVIII. — L'effetto della separazione dei debiti, semplicissimo tra coniugi, richiede maggiori osservazioni per rispetto ai loro creditori. Quanto ai coniugi, i debiti esclusi dalla comunione saranno da questa soddisfatti; ma il coniuge che li deve è tenuto al compenso al tempo dello scioglimento. Il coniuge che pretende compenso dall'altro per tal causa, deve provare che un debito di lui anteriore al matrimonio sia stato estinto col pagamento durante la comunione; ciò posto si presumerà, finchè non si provi il contrario, essersi fatto il pagamento col denaro comune.

In faccia ai creditori, l'effetto della separazione è sottoposto alla condizione che il mobile entrato nella comunione per parte del loro debitore si è comprovato con lo inventario, o con lo stato autentico. Se non si è posto nell'inventario il mobile recato dal coniuge maritandosi, o quello pervenutogli dopo, i creditori non possono esser certi se i valori che lor si danno siano tutto il mobile del coniuge, per cui essendo come non avvenuta per essi la separazione dei debiti, non possono quindi agire su tutti i beni comuni. Se invece si è comprovato debitamente il mobile che il coniuge de-

bitore avea nel maritarsi, e quello che gli è venuto dopo, i creditori potranno esser pagati sui mobili provenienti dal debitore e sui beni suoi propri, come se ei non avesse contratto matrimonio.

Cotesta regola è comune ad entrambi i coniugi, benchè il più degli antichi scrittori, e particolarmente Pothier, l'applicavano soltanto alla moglie, insegnando che qualunque clausola di esclusione di debiti del marito sia inefficace in faccia ai creditori, perchè egli ha un dritto assoluto di disporre dei beni della comunione. Ma questo è un errore, dappoichè se il marito, per dritto comune, può disporre della comunione, e specialmente per pagare i suoi debiti anteriori al matrimonio, egli più nol può quando con una clausola si è dichiarato di adottare la comunione, purchè i debiti del marito anteriori al matrimonio non si paghino da essa. Come potrebbe mettersi in non cale cotesta stipulazione della moglie? Come costei che può non mettere i suoi mobili in comunione, non potrebbe metterveli garantendoli dai creditori del marito? Il Codice adunque torna ai veri principi di dritto e di equità applicando ai creditori *dell'uno e dell'altro coniuge* quanto Pothier diceva dei soli creditori della moglie (*ibid.*, III e IV).

LXXIX. — *Clausola di franco e libera.* — Chiamasi in tal modo la clausola con cui si dichiara uno dei coniugi franco e libero di tutti i debiti. Questa dichiarazione che facevasi altra volta dai terzi garanti della franchezza del coniuge, non obbligando in nulla costui, può farsi oggi o da terzi, o dal coniuge stesso; e quand'anche questi non parli, ma permette si faccia, è sempre il principale obbligato; solo ove non bastino i suoi beni, il coniuge si rivolgerà contro i garanti.

La clausola di franco e libero, anche allora che più si avvicina alla vera separazione di debiti, ne differisce sempre sotto due rapporti, i quali danno al coniuge l'uno maggiore, l'altro minor vantaggio della prima clausola. Il coniuge dichiarato libero, e di cui la comunione paga i debiti anteriori al matrimonio, deve compenso non

solo del capitale del debito e dei suoi interessi anteriori al matrimonio, ma di tutta la somma pagata insieme cogli interessi dal giorno del pagamento sino allo scioglimento. È d'uopo infatti che il coniuge sia nella condizione in cui sarebbe se il coniuge dichiarato falsamente franco non avesse avuto debiti, ma la clausola di franco e libero non toglie ai creditori del coniuge di agire su tutti i beni comuni (art. 1513 (T), 1).

LXXX. — Abbiamo detto che dichiarato falsamente libero un coniuge, l'altro deve ritenersi come se il primo non avesse avuto debiti. Un tal punto, già controverso in quanto allo scemamento della parte della comunione che prende il coniuge, non può essere oggi dubbio, poichè il Codice senza distinguere qual si fosse il danno sofferto, dichiara in modo assoluto doversi l'indennità solo quando la comunione paghi i debiti

del coniuge dichiarato libero (*ibid.*, II).

Il coniuge è tenuto a provare che i debiti pagati dalla comunione per il coniuge dichiarato libero erano anteriori al matrimonio; ma è giusto che ciò anche provi contro i garanti con la semplice prova testimoniale o con atti senza data certa sottoscritti dal coniuge. I garanti possono solo provare che l'atto ha una data precedente posteriore al matrimonio.

Del resto, l'azione può solo intentarsi o dalla moglie contro il marito o contro i garanti, o dal marito contro la moglie dopo lo scioglimento della comunione; il marito però è autorizzato ad agire contro quei che han dichiarato la moglie libera durante la comunione. È questa la sola eccezione; e gli stessi garanti, dopo aver pagato per la moglie l'indennità da essa dovuta, potrebbero rivolgersi contro di lei allo scioglimento della comunione (*ibid.*, III).

SEZIONE IV.

DEL DRITTO CHE HA LA MOGLIE DI RIPRENDERE CIÒ CHE HA RECATO.

LXXXI. — La moglie può riserbarsi il dritto di riprendere, rinunciando alla comunione, tutti o una parte dei beni mobili da lei recati. Secondo il principio più volte indicato, la clausola deve interpretarsi limitatamente. Quanto alle cose che formano l'oggetto del dritto, se la moglie ha detto senz'altro poter riprendere tutto ciò che ha recato o tutti i beni da lei messi in comunione, si intenderanno i beni entrati nella comunione al tempo del matrimonio. Vi si possono comprendere quelli pervenuti durante il matrimonio, se il contratto indichi: *tutti i beni che saranno entrati per parte della moglie*.

Quanto alle persone, il dritto apparterrà a coloro soltanto che vi saran chiamati dal contratto. In tal modo la facoltà stipulata per la moglie non apparterebbe ai suoi figli; stipulata per essa e pei suoi figli non apparterebbe ai suoi eredi ascendenti; stipulata pei suoi figli ed ascendenti non andrebbe agli eredi collaterali; stipulata finalmente per tutti gli eredi non si esten-

derebbe ai successori irregolari nè ai testamentari. — Se la clausola si fosse distesa in modo impersonale dicendo che « *si potrà fare la ricupera di tali beni* », potendo allora intendersi in due sensi, ed essendo il più largo dubbio, e l'altro certo, bisogna attenersi al ristretto ed accordare il dritto solo alla moglie. Ma se la clausola chiama i collaterali, vi si comprenderanno gli ascendenti e i discendenti; questi saranno compresi in quella che chiama gli ascendenti; infine chiamandosi i figli vi si intenderanno tutti i discendenti di qualunque grado, ed i figli di ogni qualità. Se la moglie lasci insieme un erede chiamato ad esercitar la ricupera, ed un legatario universale non chiamato, il dritto si aprirebbe o no secondo che l'erede fosse o no legittimario.

Ma il dritto che non può aprirsi per le persone non chiamate dal contratto, può bensì da loro esercitarsi potendo bene trasmettersi, come qualunque altro dritto, agli aventi-causa di colui in prò del quale

si è aperto (articolo 1314 (T), 1 e II).

LXXXII. — Esercitandosi tal dritto colla rinunzia della moglie o dei suoi aventi-causa, costituisce un credito contro il marito; da ciò deriva, da un lato, che i beni non potrebbero richiedersi in natura, e dall'altro, che gl'interessi, secondo il dritto comune, devonsi dal di della domanda.

La ricupera può del resto esercitarsi,

deducendo in proporzione i debiti della moglie entrati nella comunione; in modo che questi andranno a peso di lei, e dei suoi rappresentanti, per intero, se si recuperino tutti i mobili recati, e per una parte, se solo una parte si ricuperi. Cotesto obbligo di pagare i debiti cessa, se si voglia ricuperare una determinata somma, od uno o più oggetti determinati (*ibid.*, III).

SEZIONE V.

CLAUSOLE CHE MODIFICANO LA DIVISIONE IN METÀ.

LXXXIII. — La regola della divisione della comunione in due eguali porzioni può modificarsi in quattro modi.

Si può convenire: 1° che pria di far la divisione in parti uguali, l'uno dei coniugi avrà dritto ad una precapienza; 2° che si

farà la divisione in porzioni disuguali; 3° che una delle parti prenderà una somma stabilita per tutti i dritti di comunione, il che costituisce un contratto eventuale; 4° infine, che l'intera comunione si attribuirà eventualmente al tal coniuge.

1. Della precapienza convenzionale.

LXXXIV. — La precapienza o prelevamento che si fa pria della divisione, può avere per oggetto o una somma determinata, o beni (mobili o immobili, o questi e quelli) in natura, o danaro e beni in natura, o beni o danaro a scelta di chi ha il beneficio. — L'assegnamento dei beni può farsi o con indicare le cose determinate, o fino alla concorrenza di una somma di..., o per la tal parte della comunione, o per tutte le cose di una data specie; ed in quest'ultimo caso, come negli altri, l'effetto della clausola non potrebbe impugnarsi sotto il pretesto del molto valore dei beni assegnati in tal modo.

La precapienza può stipularsi, o se la comunione si scioglie per la morte d'uno dei coniugi, o per una causa qualunque; e in ambi i casi può stipularsi o solo per un coniuge, o per esso e suoi eredi. Potrà dirsi che la precapienza spetterà: o 1° al coniuge superstite, qualunque esso sia; o 2° al tal coniuge, se sopravvive; o 3° al coniuge assolutamente, sopravviva o premuioia, cioè al coniuge ed ai suoi eredi, ma sempre quando esso o l'altro coniuge muoia; o 4° al tal coniuge, sciogliendosi

la comunione per qualunque causa; o 5° finalmente al tal coniuge e ai suoi eredi nel medesimo caso (1315 (T), I e II).

LXXXV. — Se stipulandosi la precapienza per la morte di uno dei coniugi, la comunione si scioglie per la separazione di persona e di beni, o di beni soltanto, la precapienza non si potrà esercitare, almeno per allora, e la comunione dividesi in metà. Se avviene una separazione di persona, e la precapienza è stata stipulata, non per il coniuge superstite, qualunque esso sia, ma per il tal coniuge, se sopravvive, ed appunto contr'esso si pronunzia la separazione, egli perderà il suo vantaggio, e la divisione si farà in metà. Se invece la separazione si pronunzi contro l'altro coniuge, o se si stipuli la precapienza per il superstite, qualunque esso sia, o se si pronunzi solo una separazione di beni, vi potrà esser precapienza; il coniuge elianziato, o ciascuno di essi secondo i casi, riterrà i suoi dritti eventuali; ed alla morte d'uno di essi, secondo che si apra o pur no il dritto della precapienza, si potrà riprendere la metà di essa in pri del precapiente sul patrimonio del suo con-

iuge, o si farà definitivamente la divisione in metà.

Se la precapienza si stipula per qualunque causa si sciolga la comunione, i dritti si regoleranno tosto definitivamente, sia che la comunione si sciolga per la separazione di persona o di beni, o per la morte (1518 (T), II, IV).

In tutta questa materia, per morte intendiamo la civile e la naturale; la premorienza, quando ne dipende la precapienza, deve sempre essere provata, senza giovare le presunzioni della sopravvivenza stabilita dalla legge per le successioni (articolo 1517 (T)).

LXXXVI. — Essendo la prerapienza un prelevamento che si fa pria della divisione sulle cose da dividere, e per la rinunzia della moglie non averandosi divisione, può darsi solo precapienza quando la moglie accetti la comunione. Ma la moglie può stipulare il dritto di prendere o danari, o beni in natura, sì rinunziando che accettando; il qual dritto dal Codice chiamasi anche impropriamente precapienza. Questa differisce dalla prima; e nel mentre la vera precapienza può esercitarsi su' beni comu-

ni, in modo che sarà in parte soddisfatta se non basti la comunione, e non avrà effetto se non vi sien beni comuni, l'altra costituisce un credito che, sia che la moglie accetti e rinunzi, potrà sempre ripetersi sul patrimonio del marito. E se sciogliendosi la comunione per la separazione di persona o di beni, la moglie che ha in tal modo stipulata la precapienza per il caso che sopravviva anche rinunziando, rinunzia infatti, e tutti i beni su cui s'ebbe il dritto eventuale passano al marito, allora potrebbe essa richiedere ciò che in altri casi non potrebbe, una cauzione per la garanzia di tal dritto (art. 1515-III, 1518-III (TT)).

Diciamo da ultimo che la precapienza da un lato non è un vantaggio da potersi ridurre sulla istanza degli eredi legittimari. e d'altro lato, che non può invocarsi contro i creditori della comunione, i quali possono far pignorare e vendere i beni. Bensì il coniuge precapiente potrebbe rivolgersi pel valore della sua precapienza, se ordinaria, sugli altri beni comuni, o su' beni personali del marito se stipulata dalla moglie anche nel caso di rinunzia (artic. 1516, 1519 (TT)).

2. Dell'assegnamento di parti disuguali.

LXXXVII. — I coniugi, anzichè colla precapienza, possono stabilire la disuguaglianza dei lucri con una convenzione diretta di parti ineguali, dicendo che l'attivo sociale sarà diviso da un lato in due terzi, tre quarti, ecc... e dall'altro in un terzo, un quarto, ecc.

Può farsi la stipulazione, o solo per la morte di un coniuge, o per ogni divisione della comunione, puramente e senza condizione, o con una o più condizioni: a mò di esempio, se il tal coniuge sopravvive e

non ha figli del matrimonio, in vantaggio o in danno di un coniuge, o di lui o dei suoi eredi.

In tutti i casi l'ineguaglianza delle parti nell'attivo importa senz'altro la ineguaglianza in proporzione nel passivo: e qualunque convenzione con cui si dividessero i beni e i debiti sopra basi diverse, sarebbe nulla non solo per quel che riguarda il passivo, ma per l'intero, e lascerebbe le parti sotto la regola comune della divisione in metà (1521 (T)).

3. Del contratto eventuale di comunione.

LXXXVIII. — Il contratto eventuale, cioè la clausola che dà ad un coniuge una determinata somma per tutti i dritti di comunione, lasciando all'altro tutto l'attivo ed il passivo, può stipularsi puramente e sem-

plicemente, o con una o più condizioni, per l'uno dei coniugi indistintamente o particolarmente per il tal coniuge, per un coniuge solo o per esso e suoi eredi o per gli eredi soltanto, per la morte sola di

un coniuge, o per ogni scioglimento di comunione. Se il contratto eventuale applicasi al marito (o ai suoi eredi), questi è tenuto, qualunque siasi lo stato della comunione, a pagare la somma stabilita nel contratto, e sopportare i debiti della comunione. Non può agirsi contro la moglie come vivente in comunione; e se ella paga debiti della comunione, perchè personalmente obbligata, avrà il regresso per l'intero.

Se il contratto eventuale si stipula per la moglie (o suoi eredi), questa che può sempre rinunciare alla comunione, ed a

cui non si può toglier mai tal diritto, ha la scelta, o d' eseguire il contratto eventuale o di rinunciare l'attivo ed il passivo, come se vi fosse comunione legale. Ma se anche in tal caso ha ella la facoltà di rinunciare, perchè non mai le può esser ritolta, ella non può del pari non esser tenuta ai debiti fino alla concorrenza del suo emolumento colla condizione d'un inventario. La legge, lasciandole il primo beneficio, non parla dell'altro, che può essa abbandonare, accettando il contratto eventuale (1524 (T)).

4. Dello assegnamento eventuale di tutta la comunione ad uno dei coniugi.

LXXXIX. — Questa clausola, diversa dalle altre, non è mai pura e semplice; ma sempre eventuale e soggetta ad una qualunque condizione. È condizionale l'assegnamento, perchè fatto o al superstite dei coniugi, o al tale di essi superstite, dipendendo il beneficio dalla condizione *se so-*
prattiva (1).

L'assegnamento dell'intera comunione ad un coniuge dà per se stesso, tranne non si stipuli il contrario, agli eredi dell'altro il diritto di ritogliere tutti i beni entrati nella comunione da parte di questi, sia che li abbia apportato durante il matrimonio, o che gli siano dopo pervenuti per successioni o donazioni; e siccome il primo prende i beni della comunione del tutto quelli provenienti dall'altro coniuge, così egli paga i debiti corrispondenti ai beni ritolti. Ma havvi ancora gran differenza tra il marito e la moglie; quando il marito prende così l'attivo e il passivo della comunione, ei non può ricusarli, benchè sia in cattivo stato il fondo sociale; la

moglie invece è sempre libera, rinanziando, di rimoversi estranea ai debiti come ai beni.

Benchè vantaggioso possa essere per chi gode il beneficio l'assegnamento dell'intera comunione, è esso ritenuto, pari alle clausole precedenti, una convenzione tra soci, e non costituisce legalmente una donazione che potrebbe farsi ridurre dai legittimari ordinari. Ma tale assegnamento può ben stipularsi anche con una vera donazione che fa il coniuge della sua metà, essendo, come tale, soggetta alle ordinarie sue conseguenze.

Per quanto sia esteso l'effetto della nostra clausola, possono i coniugi limitarlo od estenderlo. Egli possono dire che il sopravvivente prenderà tutta la comunione compresi i beni del predecedente; ma allora è una liberalità che deve ridursi secondo le leggi ordinarie, non essendo più in quei termini in cui la legge nega alle stipulazioni il carattere di donazione (art. 1525 (T)).

OSSERVAZIONE GENERALE

XC. — In fine del cap. I° abbiamo visto che i vantaggi i quali l'uno dei coniugi dà all'altro, stabilendo la comunione legale,

non possono ridursi per tutti gli eredi legittimari del coniuge, bensì per i suoi figli nati da un precedente matrimonio. Lo stesso

(1) Ciò non importa che un assegnamento fatto senza condizione non sarebbe valido, ma presenterebbe l'esclusione della comunione e non uno dei

casi di comunione convenzionale, di cui noi ci occupiamo.

so è per le stipulazioni che costituiscono una comunione convenzionale, alle quali bisogna applicare le regole indicate nel numero LXV.

Ricordiamo da ultimo, che se le varie stipulazioni, di cui si è fatta l'analisi in questo capitolo, sono le sole che d'ordinario si fanno, i coniugi son liberi di farne altre che modifichino la comunione legale come lor piacerà meglio; ma reggerà sempre il dritto comune in tutto ciò che non è stato modificato dalle parti (1527-1528 (TT)).

FINE DELLA PRIMA PARTE DEL TERZO VOLUME



SOMMARIO

DELLE MATERIE

SPIEGATE NELLA PRIMA PARTE DEL TERZO VOLUME

TITOLO III. — CAPITOLO VI. — Della prova della obbligazioni e di quella del pagamento (art. 1315-1316 (1269-1270)).	pag. 5
SEZIONE I. — Della prova per iscritto.	10
§ 1. Del titolo autografo (art. 1317-1321 (1271-1275)).	frf 12
Censura della legge del 21 giugno 1843.	12
Confutazione di uno strano errore di Toullier e dei compilatori del Codice.	17
Delle contro-scritture.	23
§ 2. Dell'atto sotto firma privata, e delle scritture private senza firma.	34
1. Degli atti sotto firma privata (art. 1322-1328 (1276-1282)).	frf 36
Regole per i vari originali.	36
Regole per il bono o approvato.	41
Della certezza della data.	44
2. Delle scritture efficienti senza firma (articolo 1329-1332 (1283-1286)).	49
§ 3. Delle tacche (art. 1333 (1287)).	58
§ 4. Delle copie dei titoli (articoli 1334-1336 (1288-1290)).	59
§ 5. Degli atti di ricognizione e di conferma.	61
1. Degli atti di ricognizione (art. 1337 (1291)).	63
2. Degli atti di conferma (art. 1338-1340 (1292-1294)).	71
SEZIONE II. — Della prova testimoniale.	78
§ 1. Divieto della prova testimoniale (articolo 1341-1346 (1295-1300)).	79
§ 2. Eccezioni al divieto (art. 1347-1348 (1301-1302)).	97
SEZIONE III. — Delle presunzioni.	114
§ 1. Delle presunzioni stabilite dalla legge (art. 1350-1352 (1304-1306)).	115
Dell'autorità della cosa giudicata.	117
1. Dell'identità dell'oggetto.	120
2. Dell'identità della causa.	125
3. Dell'identità delle parti.	133
4. Influenza del giudizio penale sul civile.	136
§ 2. Delle presunzioni che non sono stabilite dalla legge (art. 1353 (1307)).	154
SEZIONE IV. — Della confessione della parte	156
(art. 1354-1356 (1308-1310)).	156
SEZIONE V. — Del giuramento (art. 1357 (1311)).	161
§ 1. Del giuramento decisivo (articolo 1358-1365 (1312-1319)).	pag. 163
§ 2. Del giuramento deferito ex officio (articolo 1366-1369 (1320-1323)).	171
TITOLO IV. — DELLE OBBLIGAZIONI CHE SI FORMANO SENZA CONVENZIONE.	175
Distinzione delle obbligazioni formate senza convenzione. Censura di Toullier (articolo 1370 (1324)).	frf 175
CAPITOLO I. — Del quasi-contratti (art. 1371 (1325)).	181
§ 1. Della gestione di affare (art. 1372-1375 (1326-1329)).	183
§ 2. Del pagamento dello indebito (art. 1376-1381 (1330-1335)).	188
CAPITOLO II. — Dei delitti e quasi-delitti (articolo 1382-1386 (1336-1340)).	195
SESTO DEI TITOLI III E IV.	203
TITOLO V. — DEL CONTRATTO DI MATRIMONIO E DEI DIRITTI RISPETTIVI DEI CONIUGI.	273
CAPITOLO I. — Disposizioni generali.	275
§ 1. Convenzioni permesse o vietate (art. 1387-1389 (1341-1343)).	frf 284
§ 2. Regole diverse. Modo di adattarle. Di comunione. Regola di diritto comune. Precauzioni contro la regola dotale (art. 1390-1393 (1344-1347 M)).	284
§ 3. Forme e redazione del contratto. — Cambiamenti. — Controscritture (art. 1394-1397 (1348 M-1351)).	292
§ 4. Della capacità dei contraenti (art. 1398 (1352)).	298
CAPITOLO II. — Della regola di comunione (articolo 1399 (1395 M)).	302
PARTE PRIMA. — Della comunione legale (articolo 1400 (T)).	306
SEZIONE I. — Di ciò che forma la comunione attivamente e passivamente.	307
§ 1. Dell'attivo della comunione (art. 1401-1403 (TT)).	frf 321
Dei beni propri dei coniugi. — 1. Dei beni propri immobiliari (art. 1404, 1406 (TT)).	321
§ 2. Del passivo della comunione, e delle azioni che ne derivano contro di essa (articolo 1409-1425 (TT)).	345
1. Debiti anteriori al matrimonio.	357

2. Interessi dei debiti propri; obbligazioni dell'usufrutto; pesi diversi del matrimonio. pag.	351	1. Contribuzione ai debiti (art. 1482, 1483 e 1489-1490 (TTTT)).	pag. 444
3. Debiti delle successioni o donazioni che pervengono ai coniugi durante il matrimonio. »	352	2. Dritto di agire dei creditori (art. 1484-1488 (TT)).	» 448
4. Debiti contratti durante il matrimonio. »	360	SEZIONE VI. — Della rinunzia della comunione e dei suoi effetti (art. 1492-1493 (TT)). »	451
SEZIONE II. — Dell'amministrazione della comunione, e dell'effetto degli atti di uno dei coniugi relativamente alla società coniugale. »	367	Disposizione relativa alla comunione legale, quando uno dei coniugi o entrambi han figli di precedenti matrimoni (art. 1496 (TT)).	» 456
§ 1. Della amministrazione della comunione (art. 1421-1423 (1396-1401 MM)). »	ivi	PARTI SECONDA. — Della comunione convenzionale e delle convenzioni che possono modificare la comunione legale (art. 1497 (T)).	» 459
§ 2. Dell'amministrazione dei beni propri (articoli 1428-1430 (1399-1401)). »	374	SEZIONE I. — Della comunione ristretta agli acquisti (art. 1498, 1499 (TT)). »	463
§ 3. Dei compensi. »	381	SEZIONE II. — Della clausola che esclude dalla comunione i mobili in tutto o in parte (art. 1500-1504 (TT)). »	469
1. Compensi dovuti ad un coniuge (art. 1431-1436 (1402-T)). »	ivi	SEZIONE III. — Della clausola di mobilitazione (art. 1503-1509 (TT)).	» 475
2. Compensi dovuti alla comunione (art. 1437 (T)). »	392	Distinzione della mobilitazione in determinata ed indeterminata. »	478
§ 4. Delle costituzioni di dote (art. 1438-1440 (TT)). »	395	SEZIONE IV. — Della clausola di separazione di debiti »	487
SEZIONE III. — Dello scioglimento della comunione e di alcune sue conseguenze. »	402	1. Clausola di separazione di debiti (art. 1510-1512 (TT)). »	ivi
§ 1. Cause per cui si scioglie la comunione (art. 1441 (1405 M)). »	ivi	2. Clausola di franco e libero (art. 1513 (T)). »	492
§ 2. Della mancanza d'inventario per parte del superstite (art. 1442 (1406 M)). »	403	SEZIONE V. — Della facoltà accordata alla moglie di riprendere franco e libero quel che ha conferito (art. 1514 (T)). »	494
§ 3. Della separazione giudiziaria di beni. »	405	SEZIONE VI. — Della precapienza convenzionale (art. 1515-1519 (TT)). »	498
1. Cause, forme e condizioni della separazione (art. 1443-1447 (1407-1411)). »	ivi	SEZIONE VII. — Delle clausole colle quali si assegnano a ciascheduno dei coniugi parti ineguali nella comunione (art. 1520 (T)). »	505
2. Effetti della separazione giudiziale (articolo 1448-1452 (1412-1416)). »	412	1. Dell'assegnamento di parti ineguali (articolo 1531 (T)). »	506
SEZIONE IV. — Della accettazione della comunione e della rinunzia che può farsi, con le correlative condizioni. »	422	2. Del contratto eventuale di comunione (articolo 1522-1524 (TT)). »	507
1. Regole generali (art. 1453-1455, 1461 (1418-1420, T)). »	ivi	3. Dell'assegnamento eventuale di tutta la comunione ad uno dei coniugi (art. 1525 (T)). »	510
2. Scioglimento della comunione per la morte del marito (art. 1456-1462 e 1465 (1421-TT)). »	424	SEZIONE VIII. — Della comunione a titolo universale (art. 1526 (T)). »	513
3. Scioglimento per la separazione di beni e di persona (art. 1463 (T)). »	430	Disposizioni comuni alle otto precedenti sezioni (art. 1527-1528 (TT)). »	ivi
4. Scioglimento per la morte della moglie (art. 1466 (T)). »	433	SESTO del titolo V. »	514
SEZIONE V. — Della divisione della comunione dopo l'accettazione (art. 1467 (T)). »	434		
§ 1. Della divisione dell'attivo (art. 1468-1481 (T-1417)). »	ivi		
§ 2. Del passivo della comunione e della contribuzione al pagamento dei debiti. »	444		

FINE DEL SOMMARIO



208600

40920137-13

